

El más antiguo Estado de derecho en Europa y en América (siglos XI al XXI)

Parangón entre el *si recte facias* hispánico, el *rule of law* inglés
y el *règne de la loi* ilustrado*

Rex eris, si recte facias si non facias, non eris

ISIDORO DE SEVILLA

Rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege

BRACTON

*Ein Federstrich des Gesetzgebers lässt Bibliotheken rechtgelehrter
Literatur zur Makulatur werden.*

VON KIRCHMANN

SUMARIO: Estado de la cuestión.—El Estado de derecho.—*Si recte facias*...—Estado de derecho jurisdiccional e individualista.—Bienes y derechos.—Rechazo hispánico.—I. Reconquista: el más antiguo Estado de derecho en Europa. Frontera entre dos mundos, pluralidad de creencias y de personas. Primer Estado de derecho en Europa. Del señorío de derecho al Estado de derecho. Fueros y *Partidas*. Política basada en deberes. Se obedece pero no se cumple.—II. Conquista: el más antiguo Estado de derecho fuera de Europa. La monarquía entre conquistadores y conquistados. Buen gobierno de los naturales. Recursos judiciales. República de los naturales. Los indígenas, personas y vasallos libres. Estado de derecho multicultural. Organización político-eclesiástica de la América indiana. Dualidad de poderes supremos y Estado de derecho. Poderes supremos y menores. Justicia y gobierno. Audiencia y Estado de derecho. Servicio al rey y defensa de la constitución. Premio, merced y gracia. Lucha por el derecho. Práctica del Estado

* El autor agradece a la Alexander von Humboldt-Stiftung, su apoyo bibliográfico y para realizar una estada de investigación en el Max Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte de Francfort a.M., y al director de este instituto Prof. Dr. Michael Stolleis por su cordial acogida.

de derecho.—III. Modernidad barroca: protección hispánica a los bienes y garantía inglesa de derechos subjetivos en el *rule of law*. Protección frente al poder. *Life-liberty-estate*. Hobbes y el derecho subjetivo. Protección y servicio. El orto del patriotismo.—IV. Modernidad ilustrada. Tres vertientes de Estado de derecho: hispánico, anglosajón e ilustrado. Expansión y erosión del Estado de derecho. Vertientes de la Ilustración y del Estado de derecho. Relación Estado-derecho.—(I). Primera vertiente: Estado de derecho hispánico, apogeo, crisis y la recuperación.. Apogeo del Estado de derecho. Judicatura y Administración. Binomio Audiencia-Presidente. Protección de las personas y bienes, eficacia práctica... Estado modernizador. Crisis del Estado jurisdiccional: las dos constituciones. De la lucha por la constitución a la luchas por el poder. Desgobierno y anarquía. Monarca y Estado. Fin del régimen de gobierno. Quiebra de la constitución jurisdiccional. Monocracia hispánica. De la policía al gobierno. Los otros poderes. El parlamento inalcanzable. Poder y respeto a las personas. Teoría y realidad de su protección. Bello y la crisis del Estado de derecho hispánico. Apego y desapego. La propia consciencia política y conciencia cívica importada. Agotamiento de la constitución escrita y recuperación de la propia. *Estado novo* y pluralidad de poderes y protección a las personas. Representación y protección. Retorno a los recursos. Amparo y *mandato de segurança*.—(II) Segunda vertiente *rule of law*, culminación y caída. Jueces y parlamento. Lost Right, el derecho bajo la soberanía del parlamento.—(III) Tercera vertiente: *règne de la loi*. Por la pendiente totalitaria. Gobierno de las leyes. Constituciones escritas. Entre dos constituciones. Autolimitación del poder. Disolución de la comunidad política. Estatalización del derecho. Protección a las personas. Del gobierno de las leyes al de una Nomenclatura. Estado de derecho y Postmodernidad.—Síntesis y conclusión: casuismo, precedente y legalismo. Casuismo hispánico. Trama multicultural. Casuismo originario, anterior al derecho escrito. Culminación del casuismo y del Estado de derecho hispánico. Entre casuismo y legalismo. Lo importante y lo indiferente, casuismo y constitucionalismo. Precedente anglosajón, *stare decisis*. *Stare decisis* y *statute law*. Legalismo ilustrado. De autolimitación a la estatalización. Para verdades el tiempo.

Del Estado de derecho en el mundo hispánico se habla poco y se sabe menos. Parece haber sido relegado a un segundo plano por otras versiones más recientes, como el *rule of law*¹ o el *règne de la loi*². En parte esto puede deberse

¹ La equivalencia entre *rule of law* y *Rechtsstaat*, fue señalada ya por MAITLAND, F.W. Introducción a GIERKE, Otto, *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge, 1939. DICEY, Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1881) ed. definitiva 1915, Londres 1982 10ª. RAZ, Joseph, «The Rule of Law and its Virtue» en él mismo, *The Authority of Law*, Oxford 1979. MACCORMICK, Neil, «Der Rechtsstaat und die rule of law» en *Juristenzeitung* 39, 1984. HARDEN-LEWIS, *The noble Lie, British Constitution and the Rule of Law*. Londres, 1986. VAN CAENEGEN, R. C., «The Rechtsstaat in Historical Perspective» en, *Legal History : A European Perspective*, Londres-Río Grande 1991. MOHNHAUPT, Heinz, «Zur Geschichte des Rechtsstaat in Deutschland en *Acta Facultatis politico-juridicae Universitatis Budapestiensis* 34, Budapest 1993-1994. Brand JÜRGEN y HATTENHAUER, Hans, *Der europäische Rechtsstaat. 200 Zeugnisse seiner Geschichte*, Heidelberg 1994. SOTO-KLOSS, Eduardo, «La rule of law, una pervivencia de la idea clásica de lo justo natural» en su *Derecho Administrativo*, 2 vols. Santiago 1996, 1.245 y ss. Por el contrario, señalan una contraposición entre *rule of law* y *Rechtsstaat*; ZAGREBELSKY, Gustavo, *Diritto Mite* (1992) trad. castellana *El derecho dúctil*, Madrid 1995. CLAVERO, Bartolomé, *Happy Constitution, cultura y lengua constitucionales* Madrid 1997. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Rule of law o Estado de derecho*, Madrid 2003.

² LUCAS VERDÚ, Pablo, «Estado liberal de derecho y Estado social de derecho», en *Acta Salmanticensia*, Salamanca 1955, ahora aumentado en su *La lucha por el Estado de derecho*, Bolonia 1975. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Estado legal y Estado constitucional de derecho* (1986), ahora en sus *Obras completas*, 3 vols. Madrid 1993. CHEVALIER, Jacques, *L'Etat de droit*, París 1992. REDOR, Marie-Joëlle, *De l'Etat legal a l'Etat de Droit*, París 1992. TROPER, Michel (ed.), *L'Etat de droit*, Caen 1993, con trabajos de varios especialistas. PEREIRA MENAUT, nota 1, con bibliografía.

a que su historia es menos espectacular. Su origen y su suerte no han estado sometidos a las cruentas y traumáticas experiencias que acompañan a estas otras versiones, propias de la Europa atlántica, ligadas ambas a las revoluciones de la Edad moderna: la inglesa de 1648 y la dictadura de Cromwell o la francesa de 1789 y el terror de Robespierre. En contraste, con ellas, nada más ajeno al mundo hispánico que la pretensión revolucionaria de rehacer el mundo, a partir de cero, de suerte que en adelante limitaciones o garantías pongan a salvo, de una vez para siempre, a los gobernados del abuso por parte del poder.

El Estado de derecho en estos pueblos es otra cosa. Tiene un sello tan realista y práctico, que parece trivial. Consiste nada menos que en mantener a raya a los malhechores, estén donde estén, tarea siempre necesaria, ya que el derecho no se impone por sí solo. Antes bien, hay que luchar para hacerlo prevalecer. De hecho, los comienzos del Estado de derecho se remontan, en este caso, a la Edad Media. Nace del señorío de derecho. Su razón de ser originaria es similar a la del *rule of law*, pero completamente diferente a la del *règne de la loi*³. Lejos de compartir la pretensión que anima a este último a fundar un orden nuevo, donde no haya lugar para abusos del poder o de los poderosos, el Estado está al servicio de un derecho anterior y superior a él mismo. Así lo expresa el aforismo *rex eris, si recte facias, si non facias, non eris*⁴. En una palabra, su fin es nada menos y nada más que mantener el derecho o, según se dice, de modo erudito, más adelante en las *Siete Partidas*, mantener a los vasallos en paz, en justicia y en derecho. Por lo demás, no es otra la razón de ser del señorío y del gobierno en la Europa iletrada de los siglos anteriores⁵.

³ HINTZE, Otto, *Staat und Verfassung*, Gotinga 1962. BRUNNER, Otto, *Land und Herrschaft* (1939), Viena 1965. MAGER, Wolfgang, «Zur Entstehung des modernen Staatsbegriffs», en *Akademie der Wissenschaften und Literatur, Abhandlungen der Geistes- und Sozialwiss. Klasse 9*, 1968. GARCÍA PELAYO, Manuel, «Hacia el surgimiento histórico del Estado Moderno» en el mismo *Idea de la política y otros escritos*, Madrid, 1963. BRAVO LIRA, Bernardino, «El Estado en Europa e Iberoamérica durante la Edad Moderna. La estatalización y sus etapas: De los oficios del príncipe a las oficinas del Estado», en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago, 1999-2000.

⁴ SEVILLA, Isidoro de, *Etymologiarum* 9,3,4, BALOGH, G., «Rex a recte regendo», en *Speculum* 2, 1920. MARAVALL, José Antonio, «La morada vital hispánica y los visigodos», en *Clavileño* 34, Madrid 1955. ORLANDIS, José, «En torno a la noción visigoda de tiranía», en *Anuario de Historia del Derecho Español* 29, Madrid 1959. CUNHA, Paulo Ferreira da, *Para una História constitucional do Direito Português*, Coimbra 1995.

⁵ *Siete Partidas*, 2, *passim*, Kern, Fritz, *Recht. und Verfassung im Mittelalter*, Tübinga 1952. Brunner nota 3. GARCÍA, Pelayo, *La idea medieval del derecho*. MAYALI, Laurent, «De la juris auctoritas... la legis potestas. Aux origines de l'Etat de droit dans la science juridique medievale», en KRYNEN, Jacques y RIGAUDIÈRE, Albert, *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XIe-XVe siècles)*, Burdeos 1994. ALTHOFF, Gerd, *Verwandten, Freunde und Getreue. Zur politischen Stellenwert der Gruppenbildung im Frühem Mittelalter* Darstadt 1990. Hespanha, António, *Storia delle istituzioni politiche*, Milán 1993. GROSSI, Paolo, *L'Ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995, trad. castellana, Madrid 1996. Últimamente SIMON, Thomas «Gute Policey». *Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit*, Frankfurt a. M. 2004. Para la América hispánica BRAVO LIRA, Bernardino, «Vigencia de las Siete Partidas en Hispanoamérica.», en el mismo, *su Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago 1989.

Vale la pena detenerse a examinar esta versión hispánica del Estado de derecho. No sólo por su sello casuista que la hace claramente diferente de las dos más conocidas, sino por su mayor antigüedad, que excluye todo modelo anterior. Tres razones la tornan, además, eminentemente actual en tiempos en que se habla de globalización: su diversidad, amplitud y eficacia. Debido a su fuerte carácter multicultural, tiene vigencia entre pueblos de cuatro continentes y debido a su sentido realista, tiene un alto grado de eficacia en la protección a las personas y sus bienes.

El tema es vastísimo. Con el Estado de derecho sucede como en la feria, cada uno habla de él, según le va en ella. En los países hispánicos la bibliografía es extrovertida, por no decir acomplexada, gira más bien en torno a lo ajeno que a lo propio. De hecho, no disponemos hasta ahora de ninguna historia del mismo, similar a las que hay para el *rule of law* o el *règne de la loi*. Mientras algunos historiadores y constitucionalistas parecen complacerse en exaltar los modelos de allende los Pirineos, otros, en cambio los denuestan. En medio de estas divergencias, apenas queda tiempo para ocuparse del propio Estado de derecho. El primer objeto de estas páginas es reconstruir sus grandes etapas y llenar así, en parte, este vacío. Sin un panorama general, aunque sea aproximado, no es posible intentar una comparación con las otras dos versiones del Estado de derecho.

De todos modos, por ahora hemos de contentarnos con una aproximación. Nos limitaremos a su aspecto más vital, la efectiva protección de las personas frente al poder y a los poderosos. Nada pone mejor de manifiesto hasta qué punto un Estado de derecho es operante o no pasa de ser una entelequia libresca, más o menos vacía. Textos bien sonantes y experiencias inhumanas son la trágica herencia del siglo XX, donde unos se contentan con pomposas declaraciones de derechos y otros con su ineficacia práctica. Dejando en segundo plano otros aspectos, algunos tan relevantes como la conformación institucional del propio Estado en las diversas épocas –como Estado del príncipe constituido por oficios o como Estado institucional, constituido por oficinas⁶–, intentaremos reconstruir los grandes hitos de su historia.

A un somero estado de la cuestión, destinado a situar al Estado de derecho en el mundo hispánico frente a los otros dos de la Europa atlántica, le sigue una mirada a las grandes etapas de la protección a las personas, desde sus orígenes en la Península ibérica hasta el umbral del tercer milenio, en que su vigencia abarca el vasto escenario del mundo hispánico, al que pertenecen también Hispanoamérica y Filipinas. Esta historia tiene muchos vericuetos. Un hecho tal vez no muy conocido es que, en la América hispánica, el Estado de derecho llega a su apogeo antes que en otras partes y antes de las constituciones escritas, bajo la monarquía ilustrada. La exposición se abre con un estado de la cuestión, destinado a situar al Estado de derecho en el mundo hispánico frente a los

⁶ BRAVO LIRA, Bernardino, «Oficio y oficina, dos etapas en la historia del Estado indiano», en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 8, Santiago 1981, ahora en el mismo *Poder y respeto a las personas Poder y respeto a las personas en Iberoamérica, siglos XVI a XX*, Valparaíso 1985.

otros dos de la Europa atlántica. Enseguida aborda las grandes etapas de la protección a las personas en el mundo hispánico, desde sus orígenes en la Península ibérica hasta el umbral del tercer milenio, en que su vigencia se extiende a ambos mundos, con particular significación en Hispanoamérica y Filipinas.

Esta historia se descompone en cuatro momentos: **Reconquista**, durante la cual, la Península entre dos mundos, se convierte en cuna del más antiguo Estado de derecho en Europa; **Conquista**, que transforma a la Península en puente entre dos mundos, situados a uno y otro lado del Atlántico, y lleva a fundar el más antiguo Estado de derecho fuera de Europa; **Modernidad barroca**, durante la cual, bajo preponderancia mundial hispánica junto al *si recte facias* vigente en ambos mundos, se consolida, el *rule of law* en Inglaterra; y **Modernidad ilustrada**, durante la cual, bajo preponderancia mundial de la Europa atlántica, se diferencian entre sí tres modalidades de Estado de derecho, al hispánico y al inglés, se añade el *règne de la loi* ilustrado.

A modo de conclusión se destaca lo que en cada una de sus versiones constituye el nervio del Estado de derecho: casuismo hispánico, precedente anglosajón y estatalización ilustrada.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

Tan notorio es el vacío en los estudios sobre el Estado de derecho en el mundo hispánico que no parecen asombrar a nadie. En su antología sobre Estado de derecho, publicada hace poco, Brand y Hattenhauer, dos conocidos historiadores del derecho alemanes, a quienes tendremos ocasión de citar, entre doscientos de textos, reunidos con generoso criterio desde la Antigüedad hasta fines del pasado siglo XX, no incluyen ninguno hispánico, ni siquiera el *si recte facias* isidoriano, alguno de las *Siete Partidas*, el *se obedece pero no se cumple* o el *Viva el rey. Muera el mal gobierno*, de tanta aplicación a ambos lados del Atlántico. No menos significativo es lo que ocurre en los dos volúmenes dedicados a las *surêtes personelles* dentro de los Recueils de la Société Jean Bodin, Allí no se menciona la Península ibérica sino en una excelente, pero muy especializada contribución de Tomás y Valiente sobre fianzas en los fueros⁷.

Sólo unos pocos autores, como los hispanoamericanos Zavala, Góngora y Tau Anzoátegui, y los españoles Sánchez Albornoz, García-Gallo y Sánchez Bella y los portugueses Hespánha y da Cunha, han intentado romper este aislamiento. A ellos se deben notables avances, que contribuyen a poner la investi-

⁷ BRAND, Y HATTENHAUER, nota 1. TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *Las fianzas en los derechos aragoneses y castellanos*, en *Les surêtes personelles*, Recueils de la Société Jean Bodin, 28 al 30, Bruselas 1964-1974, 29, 1971. HESPANHA, ANTÓNIO MANOEL, «O indivíduo face ao poder no Portugal do antigo regime (siglos XVI-XVIII)» en la misma, *L'individu face du pouvoir*, vols. 46 y 47, París 1988. *L'individu face au pouvoir Recueils de la Société Jean Bodin*, 47, Bruselas.

gación sobre el Estado de derecho en el mundo hispánico en un nivel semejante al de la bibliografía europea en general. Concretamente tal es el caso de temas como *ius commune*, oficios y oficinas, Estado jurisdiccional, protección a las personas⁸. Todo lo cual invita a elaborar una historia del Estado de derecho en el mundo hispánico.

Pero esto no es posible hacerlo aquí. Tan sólo cabe trazar un cuadro muy general. Aparte de que apenas existen estudios parciales, hay algunas barreras que superar. Al desconocimiento de lo propio, se suma, a menudo, un cierto menosprecio y, como consecuencia de lo uno y de lo otro, un innegable complejo de inferioridad frente a la Europa de allende los Pirineos. Esta actitud se alimenta, a su vez, de dos constantes que causan gran impresión en el público y entre los estudiosos. Uno es el clima de agitación e inestabilidad política dominante en los países hispánicos de ambos mundos, a lo largo de los dos últimos siglos, el XIX y el XX, con todo lo que supuso de abusos e indefensión de las víctimas. Entonces, el Estado de derecho parece haber pasado a pérdida. El otro, es la falta de consistencia en estos países de institutos, como constitución escrita, separación de poderes, garantías individuales, parlamento, partidos y elecciones populares, indisociables del Estado constitucional.

⁸ ZAVALA, Silvio, *Las instituciones jurídicas en la Conquista de América*, Madrid. 1935 (hay otra edición, México. XLVII, 1971). El mismo, *La defensa de los derechos del hombre en América Latina (siglos XVI a XVIII)*, París 1963. GÓNGORA DEL CAMPO, Mario, *El Estado en el derecho indiano. Epoca de su fundación 1492-1571*, Santiago 1951. El mismo, *Studies in the colonial history of spanish America*, Cambridge 1975, hay edición castellana, por ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo y DAWES, Marcia, Santiago 1998. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires 1992. SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio, «La frontera y las libertades de los castellanos» en inglés en *The New World books and its history*, Austin. 1963, ahora en castellano en *Investigaciones y documentos sobre las instituciones hispanas*. Santiago. 1970. GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Estudios de derecho indiano*, Madrid 1972, el mismo, *Orígenes españoles de las instituciones americanas*, Madrid 1987. HESPANHA, António, *História das instituições. Epoca moderna y medieval*, Coimbra 1982. El mismo, «Para una teoría da história institucional do Antigo Regimen», en él mismo *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regimen*, Lisboa 1984. El mismo, «A historiografia juridico-istitucional e a morte do Estado» en *Anuario de Filosofia del Derecho* 3, 1986. El mismo, *As Vésperas do Leviatán*, Lisboa 1989, trad. castellana, sin notas, Madrid 1989. El mismo (ed.) «O Antigo Regimen» en MATTOSO, José (director) *História de Portugal*, 8 vols. Lisboa, 1993, 4, 123. SÁNCHEZ BELLA, Ismael, *Derecho indiano. Estudios*, 2 vols, Pamplona 1991. El mismo, *Nuevos Estudios de derecho indiano*, Pamplona 1995. Cunha, nota 4. El mismo «Rex propter regnum. «Do modelo de constitucionalismo tradicional nos países de língua portuguesa e castellana», en DIP, Ricardo (ed.), *Tradição, Revolução e Pós-modernidade*, Campinas 2001. Anticipos del presente estudio, BRAVO LIRA, Bernardino, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*. Santiago 1986. El mismo «Derechos civiles y políticos en España, Portugal y América hispana», en *Revista de Derecho Público* 39-40, Santiago 1986, ahora en el mismo, nota 6.: El mismo «Bürgerrechte und politische Rechte in der iberischen und iberamerikanischen juristischen Tradition», en *Rechtstheorie* 24, Berlín 1993. El mismo, «Fortdauer und Problematik des Rechtsstaats in Iberoamerika (16–21. Jahrhundert)» en PECZENIK, Aleksander (ed.), *Proceedings of the 21st. IVR World Congress, en Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 95, Stuttgart 2004. El mismo, «Honor, vida y hacienda. Estado de derecho en el mundo hispánico (siglos XVI al XXI). Contrastes con el rule of law inglés y rège de la loi ilustrado», en *Revista de Derecho Público* 67, Santiago 2005.

Estos dos hechos son innegables y duraderos. No obstante distan mucho de tener el alcance y significación que se les atribuye. Donde verdaderamente pasó a pérdida el Estado de derecho en el siglo XX fue en Europa, tenida por paradigma del mismo. Allí se cometieron, a menudo legalizados, los peores horrores de la centuria, –genocidio, matanza de poblaciones indefensas, exterminio de nacidos y por nacer–. No sin razón el uruguayo Zum Felde denunció la barbarie tecnificada, y posteriormente, el inglés Johnson calificó al Estado como el mayor asesino de la historia, en tanto que el francés Ternon, habló del Estado criminal y de los genocidios del siglo XX. Estas atrocidades, han quedado, por lo general, impunes. También Europa fue la cuna del totalitarismo, que en su variante dura –del socialismo internacional– o blanda –del nacional socialismo o del Estado de bienestar anglosajón y europeo occidental– prevalece en la actualidad⁹.

Muchos malentendidos se disiparon tras el tras la *Wende*, esto es, del vuelco provocado en Europa y en el mundo por la caída de la Unión soviética. Desde entonces, salieron a la luz, entre otras cosas, las lacras de las llamadas democracias occidentales, piadosamente silenciadas por temor a que su conocimiento favoreciera una victoria de las otras democracias, llamadas populares¹⁰.

A estas alturas, tanto la experiencia como la investigación parecen desembocar en una suerte de desencantamiento del Estado de derecho. Su eficacia no se cifra en aditamentos como una constitución escrita, con división de poderes,

⁹ ZUM FELDE, Alberto. *El ocaso de la democracia*, Santiago 1939. JOHNSON, Paul, *Modern Times*, Nueva York, 1983, trad. castellana, Buenos Aires, 1988. TERNON, Yves. *L'Etat criminel, les genocides du XXe siècle*. París 1994, trad. castellana Barcelona 1995. COURTOIS, Stéphanie et al *Le livre noir du communisme*, París 1997, trad. castellana, Madrid 1998. ARENDT, Hanna, *Orígenes del Totalitarismo* 1951. TALMON, Jacob, *The Origins of Totalitarian Democracy*, Londres 1952, SEIDEL, Rymo y JENKER, Siegfried, *Wege des Totalitarismus-Forschung*, Darmstadt 1968. UNGER, Aryeh, L. *The totalitarian party. Party and people in Nazi Germany and Soviet Russia*, Cambridge 1974. BRACHER, Karl Dietrich, *Zeit der Ideologien* (1982) Buenos Aires 1989. NOLTE, Ernst, *Der europäische Bürgerkrieg, 1917-1945. Nazionalsozialismus und Bolchewismus*, Francfort-Berlin-Viena 1987. MORENO VALENCIA, Fernando, *Utopía, ideologías y totalitarismo*. Santiago 1989. *Sobre el totalitarismo duro y blando*, REINHARD, Wolfgang: *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, Munich 1998. BOVARD, James, *Lost Right. The destruction of the American Liberty*. Nueva York 2000. Traverso, Enzo, *El totalitarismo. Historia de un debate*, Buenos Aires, 2001. BRAVO LIRA, Bernardino, «*Fiat ius, ne pereat mundus*. El derecho frente a la globalización de la violencia», en LOSANO, Mario G. y MUÑOZ CONDE, Francisco (eds) *Cedant arma togae. El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia 2004.

¹⁰ REVEL, François, *Comment les démocraties finissent*, París 1983. BRAVO LIRA, Bernardino, «El ocaso de la democracia totalitaria», en *Mástil*, 2.ª época, 1 de marzo de 1990. GOMES Canotilho, José Joaquín, «Malestar da constituição e pessimismo postmoderno», en *Luisiada* 1, 1991. FETJOE, François, *La fin des démocraties populaires. Les chemins du post-communisme*, París 1992. ARGULLOL, Rafael y TRÍAS, Eugenio, *El cansancio de Occidente*, Barcelona 1992. Sartori, Giovanni, *La democrazia dopo il comunismo*, (1992), trad. castellana, Madrid 1993. BEYME, Klaus von, *Die politische Klasse im Parteistaat*, Francfort 1993, trad. castellana Madrid 1995. LUCAS VERDÚ, Pablo, *La constitución en la encrucijada (Palingenesia iuris politici)*, Madrid 1994. SOTELO, Ignacio, «Sobre la actual descomposición de la democracia», en *Política Exterior* 47, Madrid 1995.

parlamento, garantías individuales, elecciones, partidos y demás, sino en algo tangible como el respeto a las personas y a sus bienes. Al respecto, apuntaba no hace mucho Reinhard: «Otras características del Estado, como democracia y derechos humanos, son añadiduras que pueden muy bien faltar sin menoscabo del Estado de derecho»¹¹. Después de todo, este andamiaje es de origen reciente. No se remontan más allá del siglo XIX y no tiene demasiado que ver con un Estado de derecho, que, sea como sea, nació antes que él, vivió por siglos sin él y puede seguir viviendo sin él. Buenos ejemplos de ello son Hungría o Inglaterra, Estados de derecho milenarios que no necesitaron ni de constitución escrita ni de ningún otro de esos aditamentos para convertirse en el siglo XX en un Estado moderno¹².

Dentro de esta perspectiva, la experiencia del mundo hispánico aparece bajo una nueva luz. Revela que estos pueblos no se dejaron deslumbrar por el andamiaje constitucional europeo y estadounidense. Antes bien, mantuvieron sus propias instituciones frente a estos modelos foráneos, incompatibles con ellas, actitud que se ha comparado con la reacción biológica de rechazo¹³. Es cierto que en estos países las constituciones escritas, la división de poderes,

¹¹ REINHARD, nota 9.

¹² Diversos autores han comparado la historia constitucional de Inglaterra con la de Hungría. Conocidas son las palabras de CSEKEY, István en su «Ungarn Staatsrecht nach dem Weltkrieg» en el *Jahrbuch ds öffentlichen Rechts*, Tubinga 1926, 14: «En consonancia con su largo desarrollo histórico proveniente de la vida del pueblo, la constitución de Hungría no está recogida en un texto constitucional, sino que se encuentra en diversas leyes de diversas épocas... Con las Constituciones de Inglaterra y de Hungría sucede lo mismo que con los edificios de la universidad de Heidelberg o de Oxford. En vano se busca allí una Ley fundamental, en la cual estén compiladas sus principios constitucionales; a diferencia de las cartas constitucionales de otros Estados, estos dos reinos tienen una constitución histórica. En este sentido ambos son iguales y dos casos únicos en todo el mundo. «Para Inglaterra, MAITLAND, F. W., *Constitutional History of England*, Cambridge 1908. JENNINGS Sir W. Ivor, *The Law and the Constitution*, Londres 1933. MCLWAIN, C. M., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell 1947, 2a. ed., TEUBNER, Werner, *Kodifikation und Rechtsreform in England*, Berlín 1974. PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Madrid 1992. CAENEKEN, Raoul C. van *I signori del diritto*, (1987) Milán 1991, HENSHALL, N. *The Myth of Absolutism. Change and Continuity in Early Modern European Monarchy*. Londres, Nueva York 1992. Acerca de tradición y renovación de la constitución histórica en Hungría: GERGELY, András y MATHÉ, Gábor, *The Hungarian State 1000-2000, thousand years in Europe*, Budapest 2000. MATHÉ, Gábor y MEZEY, Barna, (eds.) *Die Elemente der ungarischen Verfassungsentwicklung*, Budapest 2000, con aportes de seis especialistas. Los mismos, (eds.) *Von den Ständeversammlungen bis zum parlamentarischen Regierungssystem in Ungarn*, Budapest-Graz 2001, con aportes de diez especialistas. Los mismos (eds.) *Von dem Vormärz bis zum 20. Jahrhundert, Tradition und Erneuerung in der ungarischen Rechtsentwicklung. Studien zu den Reformen in den 19.-20. Jahrhunderten*, Würzburg-Budapest 2002, con trabajos de ocho especialistas. Los mismos (eds.) *Nationalstaat-Monarchie-Mitteuropa*, Budapest 2004, con aportes de doce colaboradores. MATHÉ, Gábor *Die problematik der Gewaltentrennung*, Budapest 2004.

¹³ STEGER, Hanns Albert, «América Latina» en *Encuentros*, 1, Caracas 1987, el mismo, «Deutschland und Lateinamerika, Gedanken zur Anthropologie gegenseitigen Vernehmens oder Misverstehens» en *Jahrbuch f. Geschichte, von Staat, Wirtschafts und Gesellschaft Lateinamerikas* 25, Colonia-Viena 1988, .831 ss., esp. 835. CLAVERO, Bartolomé, Ley del código: Transplantes y rechazos constitucionales por España y por América, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 23 Florencia 1994. BRAVO LIRA, Bernardino, Entre dos

los parlamentos y demás, pasan, o mejor, resbalan, según dijo el poeta «como las naves, como las nubes, como las sombras...». Así lo vaticinó, sin saberlo, ya antes de que comenzaran a dictarse estas constituciones, Jovellanos, al decir lapidariamente de ella «se hizo en pocos días, se contuvo en pocas hojas y duró pocos meses» De hecho, estas palabras son hasta ahora una suerte de biografía anticipada, o mejor de epitafio, de las constituciones escritas promulgadas hasta la fecha en el mundo hispánico. Tan es así que, al cabo de dos siglos, no falta en Hispanoamérica quien las repita, también sin saberlo, y afirme con la mayor desenvoltura que la constitución es «una-realidad-que-se-procura-modificar». ¹⁴ Es decir, todo menos algo fundamental o inamovible. No en vano, pasan de dos centenares las constituciones escritas promulgadas en estos países y, de ellas, apenas cuatro llegaron a regir siquiera durante medio siglo. Ninguna en España o Portugal ¹⁵. Así se explica que los españoles festejaran como un triunfo, en 2008, las dos décadas de vigencia de su actual constitución.

De hecho, la vida constitucional en estos países no puede ser más accidentada. En ella hay más de apariencia que de realidad. En estas condiciones, la división de poderes no pasa de ser música celestial y la vida de los parlamentos es tan intermitente, que Sánchez Agesta, no puede menos que calificarlos de anecdóticos ¹⁶. Sobran los dedos de la mano para contar los que llegaron a sesionar en forma continuada durante medio siglo, algo que, por lo demás, sólo se ha conseguido en algún país americano. Por lo que toca a las llamadas elecciones populares, de tales tienen poco. Pero, parecen haber tenido mejor suerte. que otras innovaciones del constitucionalismo. Suelen practicarse, aunque no de modo regular, tanto en cuanto a la fecha, como a la forma de realizarlas, para no decir nada ni de la credibilidad de sus resultados oficiales ni del acatamiento de los mismos. Sin embargo esto no tiene nada de dramático. Simplemente significa que tampoco los comicios se toman mayormente en serio. Por

constituciones, histórica y escrita, Scheinkonstitutionalismus en España, Portugal e Hispanoamérica, en Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 27 Florencia 1998.

¹⁴ JOVELLANOS, Gaspar Melchor de, «Dictamen sobre la constitución del gobierno interino» 1809, sobre la constitución francesa. BRAVO LIRA, Bernardino, «El concepto de constitución en Jovellanos» en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 10, Santiago, 1984. BOENINGER, Edgardo, «Entrevista», en *El Mercurio*, Santiago 3 de noviembre de 1986. AGUILAR RIVERA, José Antonio, *En pos de la quimera. Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*, México 2000.

¹⁵ BRAVO LIRA, Bernardino. *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991. Ventura y desventura de un ideal europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*. México 1992. Con cuadros cronológicos de las constituciones, ahora nueva edición actualizada en el mismo *Constitución y reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica (siglos XVI a XXI)*, Santiago 2010, segunda parte.

¹⁶ SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *La democracia en Hispanoamérica*. Madrid 1987. Para BRAVO LIRA, la subsistencia de un parlamento es el talón de Aquiles de un Estado constitucional en los países hispánicos, nota 15. Para la alternancia entre gobiernos civiles y militares, últimamente REYES ALVAREZ, Jaime, *Arts regnandi. Regierungsstabilität und Herrschaftskrisen in Iberoamerika. Am Beispiel von Argentinien und Chile*. Francfort a. Main 2003. (Estabilidad del gobierno y crisis del orden instituido en Iberoamérica. Los casos de Argentina y de Chile).

lo mismo, no logran echar raíces. Más que un acto cívico, son una liturgia, un rito, un mito¹⁷.

Esta indiferencia casi biológica o rechazo frente a las instituciones del constitucionalismo europeo y estadounidense es un hecho. En general, se la acepta sin más. Sólo una minoría cultivada se amarga por ello y se consuela, a la manera del peruano Francisco García Calderón en *Les démocraties latines de l'Amérique*, publicada hace casi un siglo en París, con una a vaga esperanza de que algún día tales instituciones llegarán a florecer en suelo hispánico. Se cumplirá, por fin, el *ya no hay Pirineos* de Luis XIV y desde Navarra hasta Tierra del Fuego, todos harán suyos los modelos europeos, al menos en política. Pero hasta ahora este anhelo sigue siendo patrimonio de círculos escogidos. Tan es así que la citada obra sólo fue traducida al castellano en 1979, cuando se había convertido en una curiosidad histórica¹⁸.

Contrariamente a lo que sostienen todavía algunos, dentro y fuera del mundo hispánico la experiencia muestra que este andamiaje no es indispensable para el Estado de derecho. No está de más hacer hincapié en este punto. La cuestión, tiene mayor actualidad que lo que se supone. Más que nada, porque todavía hay quienes creen poder construir un Estado de derecho a partir de elementos como constituciones escritas, división de poderes, parlamento, partidos, elecciones y demás. Sin ir más lejos es lo que en la actualidad se intenta hacer en distintas latitudes, en países del Africa, del extremo y del medio Oriente, para no mencionar el fundamentalismo democrático, que apela a la fuerza para imponerlo en Irán, Afganistán e Irak¹⁹.

EL ESTADO DE DERECHO

Esto nos lleva a la noción de Estado de derecho. Hay que distinguir la cosa misma del nombre. La expresión es reciente, muy posterior a su realización histórica. Surgió a comienzos del siglo XIX. Fue difundida por Welcker en 1813²⁰.

¹⁷ KOLM, S.C. *Les élections ne sont pas démocratie*, París 1981. RIVIÈRE, Claude, *Les liturgies politiques*, París 1988. BRAVO LIRA, nota 7, 21 y s.s. JIMÉNEZ LOS SANTOS, F., *La dictadura silenciosa. Mecanismos totalitarios de nuestra democracia*, Madrid 1993.

¹⁸ GARCÍA CALDERÓN, FRANCISCO. *Les démocraties latines de l'Amérique*. París 1912. trad. castellana, Caracas 1979. ALTUVE-FEBRES LORES, Fernán, «El Tocqueville de la democracia en América Latina, GARCÍA CALDERÓN, FRANCISCO, (1883-1953)», en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 20, (en prensa).

¹⁹ La expresión es del prof. de Harvard Charles ELLIOT NORTON, quien denuncia el «surgimiento de un espíritu bárbaro de arrogancia e irracional autoafirmación» y lo califica el «peor espíritu de nuestra democracia». Carta a E. L. Goldkin, Liggio, Leonard, *Early Anti-imperialism*. Tuchman, Bárbara, *The proud Tower*, Nueva York-Londres 1966. BRAVO LIRA, nota 9.

²⁰ WELCKER CARL, Theodor, *Die letzten Gründen von Recht, Staat und Strafe*, Giessen 1813, hay reimpresión, Aalen 1964. La difusión del término se debe, sobretodo a Robert von MOHL, autor de *Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tubinga 1832-34. Lucas VERDÚ, nota 2. SCHEUNER, Ulrich, «Begriff und Entwicklung des Rechtsstaates», en DOMBOIS H. y WILCKENS U., *Macht und Recht*, 1956. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriff», en ARNDT, Adolf, *Festschrift zum 65. Geburtstag*, (1969), ahora en

Hasta entonces, puede hablarse de un Estado de derecho *avant la lettre*, pero no por eso, menos efectivo. Si se atiende a sus más tempranas manifestaciones, proviene del siglo XI. De entonces data la transformación del señorío en Estado. De hecho, no poco de los elementos del Estado de derecho del siglo XIX pueden encontrarse en épocas anteriores. Ya en 1871 lo advirtió von Gneist. Según él, por ser fruto de un proceso de formación milenario, el Estado de derecho es también testimonio de un desarrollo cultural común a Europa entera. Ejemplos de ello, son Hungría o Inglaterra, países que llegaron al siglo XX sin constitución escrita, división de poderes ni garantías individuales²¹. Más antiguo es el Estado de derecho en el mundo hispánico, donde las primeras constituciones escritas a ambos lados del Atlántico datan, en cambio, de la época de Welcker, concretamente de 1811, en Venezuela y de 1812 en Cádiz.

A lo largo de su historia, el Estado de derecho se ha entendido de diversas maneras. Para Mohnhaupt la meta común entre los que existen actualidad es someter el Estado a la ley y al derecho. Como antecedente de ello sólo ve los intentos de someter al gobernante a las leyes fundamentales en los siglos XVI a XVIII. Sin embargo, toda una serie de autores, desde Hintze hasta Mayali, muestra que sus orígenes se remontan claramente a la Edad Media²². Para verlo, basta considerar, además de la regulación de la acción estatal, otro componente anterior y coetáneo a ellas: la necesidad primaria del núcleo humano, sea parental, local, regional, etc., de protección y seguridad. En este sentido, protección frente al poder y a los poderosos y regulación del poder, parecen llegar a ser complementarias, como una suerte de coordenadas, para el Estado de derecho. Al menos eso es lo que sugieren ya en el siglo VII, algunos testimonios hispanovisigodos y, en un plano más amplio, el nexo histórico entre señorío de derecho y el Estado de derecho. De ello nos ocuparemos más adelante.

En todo caso, el estudio del Estado de derecho tiene que partir de un hecho. Su nombre es muy posterior a él mismo, como realización histórica. Por tanto, no cabe hacer de la noción de Estado de derecho de tiempos de Welcker, el pivote en torno al cual gira su historia, ni menos tomar por tal a la doctrina decimonónica. Eso sería antihistórico. Equivaldría a erigir el Estado de derecho de una época tardía –los siglos XIX y XX– como regla y medida para todos los tiempos.

Por el contrario, es preciso distinguir épocas y lugares. Esto exige reconstruir el perfil del Estado de derecho caso a caso, tal como se dio en su tiempo y

El mismo, Staat, Gesellschaft, Freiheit, Francfort 1976. GIACOMETTI, Zaccaria, *Festgabe zum 60. Geburtstag von...*, Zurich 1952. KRÜGER, Herbert, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart 1964. BRAVO LIRA, Bernardino, «Raíz y razón del Estado de derecho en Chile», en *Revista de Derecho Público* 47, Santiago 1990. Ahora en él mismo, en *El Estado de Derecho en la Historia de Chile*, Santiago 1996 Troper, nota 2. MOHNHAUPT, Heinz, «L'Etat de droit en Allemagne. Histoire, Notion, Fonction» en TROPER, Michele (ed.) *L'Etat de droit*, Caen 1994. NEGRO PAVÓN, Dalmacio, *La tradición liberal y el Estado*, Madrid 1995.

²¹ GNEIST, Rudolf, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, Berlín 1879. Para Hungría e Inglaterra, ver nota 12. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, «Génesis de la constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales una sola constitución» en *Anuario de Historia del Derecho Español* 65 Madrid 1955. BRAVO LIRA, nota 15.

²² HINTZE, nota 3. MAYALI nota 5.

en su ámbito propio. Esto es de todo punto incompatible con cualquier modelo elegido o preferido *a priori* por el investigador. A fin de cuentas, lo que hay que buscar en el pasado no es la congruencia o incongruencia del Estados de derecho con sus formas actuales, sino las formas que entonces tuvo. Proceder así supone no dejarse desconcertar ni cuando se tope con formas francamente diferentes a las que hoy se tienen por normales, ni tampoco, cuando ellas parezcan o bien muy elementales o bien más logradas en comparación con las actualmente en boga. En definitiva, parafraseando a Ranke, lo que interesa es averiguar cómo fueron propiamente las cosas y, en este caso, cómo fue propiamente el Estado de derecho en otras épocas históricas.

En tiempos de Welcker se perfilaban, aparte de la hispánica, a lo menos otras dos versiones contrapuestas que persisten hasta hoy. Por un lado, se equipara Estado de derecho y *rule of law*. Se trata de una versión más realista y flexible, fundada en un derecho supraestatal, amplio y manejable, emanado de los jueces, según una constitución histórica. Un jurista inglés de la época victoriana, Dicey, lo definió hacia 1880 como «igual sumisión, tanto de los ciudadanos como del poder, a un derecho aplicado por jueces ordinarios y situados por encima de todos». Él mismo habló de *supremacy of law*, pero a estas alturas esa supremacía del derecho ha sido reemplazada por la omnipotencia del parlamento, vale decir, de la ley²³.

Por otro lado, se hace sinónimo Estado de derecho y *règne de la loi*. Como lo indica la palabra misma, esta es una versión legalista, propia de la Ilustración, que se reduce a un derecho estatal, como tal rígido y estrecho. Descansa sobre textos legales, que consignan por escrito la constitución, cuyos elementos fundamentales son separación de poderes y garantías individuales²⁴. Para este Estado de derecho esos elementos son, al menos en el papel, indispensables. De hecho resultan, a veces, difíciles de implantar.

A la luz de esta contraposición entre estas dos versiones recientes del Estado de derecho, resulta más fácil comprender la más antigua, la hispánica, cuyo fundamento es el derecho anterior y superior al Estado.

SI RECTE FACIAS

Su piedra angular no es el individuo, sino la persona, a la que en las *Siete Partidas* se califica como la *más noble cosa de este mundo*²⁵. En consecuencia, gira en torno a sus bienes, concretos y tangibles –*honor-vida-hacienda*, y no a

²³ DICEY, nota 1. COSGRAVE, R. A., *The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian jurist*, Chapel Hill 1980. FORD, J. H. *Albert Venn Dicey. The Man and the Times*, Chichester 1985. PEREIRA MENAUT, nota 1.

²⁴ *Déclaration des droits de l'homme et le citoyen*. París, 26 de agosto de 1789. Artículo 16 «Una sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de constitución», múltiples ediciones en HÉLIE, Faustin Adolphe, *Les constitutions de la France*. París. 1879, 30 y ss.

²⁵ *Siete Partidas* 7, 1, 26. Cfr. BRAVO LIRA, nota 5.

derechos del individuo, genéricos, iguales para todos y, por lo mismo, susceptibles de ser catalogados *a priori* y de una vez para siempre, mediante declaraciones o proclamaciones como el *Bill of rights*, o la *déclaration des droits de l'homme* francesa de 1789, o la declaración universal de las Naciones Unidas en 1948²⁶.

En tercer lugar, los bienes pueden ser reclamados mediante recursos judiciales, en tanto que los derechos, consignados en las declaraciones, quedan en el papel. Esta experiencia hace que las declaraciones –universales o no–, dejen fríos a los hispanoeuropeos y más aún, a los hispanoamericanos. El mundo de los derechos no les conmueve, les parece demasiado artificial e inasible, en comparación al real e inmediato de los bienes, a que están acostumbrados.

Aquí hay un problema de mentalidad. Una cosa es la conciencia política y otra la conciencia cívica. Para ellos lo que cuenta es disponer de lo propio, no meterse en lo ajeno. Así lo hace notar en 1836, nada menos que Andrés Bello, primera figura intelectual del mundo hispánico en el siglo XIX. Señala: «Raro es el hombre tan desnudo de egoísmo, que prefiera el ejercicio de los derechos políticos, que concede el código fundamental del Estado, al cuidado y conservación de sus intereses y que se sienta más herido cuando se le prive del derecho a sufragio que cuando se le despoja violentamente de sus bienes»²⁷.

Lo hispánico es una viva conciencia política, como servicio a la patria, que no se deja reducir a una modesta conciencia cívica como participación más o menos ficticia en el poder. A cada uno le interesa vitalmente ser señor de lo suyo, pero no le interesa para nada ir a meterse en lo común, en lo ajeno. Eso parece más bien una ordinariez, propia de gente que no tiene otra cosa que hacer. Por eso, para ellos lo que cuenta no es participar en el gobierno, sino el buen gobierno, la cosa pública en sí misma, más bien que tomar parte, de modo más o menos esporádico, en elecciones, donde no cabe otra cosa que votar por candidatos elegidos por otros. Este tipo de imposición, suena a juego de tontos de circo. Por más que se hable de acto cívico, libertad política, la votación en las llamadas elecciones populares no dejan de ser y de parecer una mascarada. Una dictadura de quienes imponen los candidatos, en virtud de no qué privilegio. A nadie le gusta ser comparsa. Este juego es cosa de otros y para otros. Que ellos se ocupen. Ni atrae ni provoca indignación. Simplemente no llega a interesar. Votaciones o elecciones en las que los sufragios se cuentan por miles y millones, carecen a sus ojos de sentido y de eficacia. No pasan de ser un

²⁶ SCHWARTZ, B. *The Bill of rights. A documentary History*, Nueva York 1961. Para la *Déclaration* ver nota 21 *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, en HERVADA, Javier y ZUMAQUERO José, *Textos internacionales de Derechos Humanos*, Pamplona 1978. CASTELLANO, Danilo, *Racionalismo y derechos humanos, Sobre la antifilosofía jurídica de la Modernidad*, Madrid 2004. SEGOVIA, Juan Fernando, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid 2004.

²⁷ BELLO, Andrés, «Responsabilidad de los jueces», editorial de *El Araucano* 305, Santiago, julio 1836, ahora en sus *Obras completas*, 15 vols., Santiago 1881–93, p.191. Acerca de la contraposición entre doctrina de los bienes y de los derechos, es fundamental BRANDT, Reinhardt, *Menschenrechte und Güterlehre* en él mismo (ed.) *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, Berlín-Nueva York 1982.

juego, una liturgia, un mito²⁸. Por mucho que se hayan generalizado al norte de los Pirineos, al sur no llegan a convencer. Para los hispanos, acostumbrados a servir personalmente, incluso a su propia costa, en forma libre y voluntaria a su país y a su rey, los deberes cívicos, anónimos e impuestos por igual a todos en virtud de la constitución y las leyes, les parecen forzados y artificiales.

DEL ESTADO DE DERECHO JURISDICCIONAL AL INDIVIDUALISTA

Este Estado de derecho hispánico, anterior a Welcker, no es menos digno de atención que las otras versiones con que los especialistas están más familiarizados, el *règne de la loi* y la *rule of law*. La divergencia se anuncia ya en las mismas fechas en que aparece el texto de Bello transcrito más arriba. Allí se tiene en vista un Estado jurisdiccional que con su multiplicidad de poderes, viene a ser la antítesis del Estado constitucional, absorbente de la Europa atlántica. A éste se refería en 1837, es decir meses después que Bello, Friedrich Julius Stahl con su célebre afirmación, «Der Staat soll Rechtsstaat sein», el Estado debe ser un Estado de derecho. Pero, como él mismo precisó, el alcance de ella es sumamente limitado: «El concepto de Estado de derecho no se refiere en absoluto al fin y al contenido del Estado, sino tan sólo al modo y forma en que ambos se llevan a cabo», literalmente escribe «der Begriff des Rechtsstaats...bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des States, sondern nur Art und Charkter, dieselben zu verwirklichen»²⁹. En estas palabras está el germen de un deslizamiento que culmina en el siglo XX con la no menos famosa afirmación de Kelsen de que un Estado no puede ser más que un Estado de derecho³⁰.

²⁸ La bibliografía es abundante. Por todos KOLM, nota 17. Rivière, *ibid.*. JIMENEZ LOSANTOS, nota id. SOTELO, Ignacio, «Sobre la actual descomposición de la democracia», nota 10. DUVERGER, Maurice, *démocratie sans peuple*, París 1971. LEAL, Antonio, «Democracia y partidos» en *El Mercurio*, Santiago, 5 de enero de 1995.

²⁹ STAHL, Friedrich Julius, *Die Philosophie des Rechts*, II. Rechts und Staatslehre auf der Grundlage christliche Weltanschauung, Heidelberg 1845, 2a. capítulo 2, 261, se aproxima a Bello respecto del honor. Cfr. 3a, Tübingen-Leipzig 36, 1856 y 5a, *ibid.* 1878. Acerca de la canción formal de Estado de derecho, KRÜGER, 780 ss. FÜSSL, Wilhelm, *Professor in der Politik*⁵. Friedrich Julius Stahl, Göttingen 1988.³ GARCÍA PELAYO, Manuel, Derecho constitucional comparado, Madrid 1964 KRÜGER, Herbet, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart 1964, 760 ss. Böckenförde, nota 20. PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, Madrid 1985. LINK, Cristoph, «Anfänge des Rechtsstaatsgedankens in der Deutschen Staatsrechtslehre des 16. bis 18. Jahrhunderts» in SCHNUR, Roman (ed.) *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*, Berlín 1986. Friedrich Julius STAHL (1802-1861), «Christlicher Staat und Partei der Legitimität» en HEINRICHS H. (ed.), *Deutsche jüdischer Herrkunft*, Munich 1993. LÜCKE, Gerhard, (ed) *Die Krise des Rechtsstaates*, con colaboraciones de seis especialistas, Marburg 1995. STOLLEIS, Michael, «Der Rechtsstaates – ein teures und gefährdetes Gut», en *Mitteilung der Deutsche Forschungsgemeinschaft* 3, 1996. SEIFERT, Jürgen, «Der fragile Rechtsstaat. Zum Bedeutungswandel der Rechtsstaatlichkeit in veränderten innergesellschaftlichen und zwischenstaatlichen Strukturen», en *Leviathan*, Sonderheft 19, 1999.

³⁰ KELSEN, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín 1925. El mismo, *Reine Rechtslehre*, Leipzig-Wien 1934 El mismo., «Was ist die Reine Rechtslehre?» en GIACOMETTI, Zacarias, *Fests-*

La repitió una y otra vez, en la misma época en que surgían los dos primeros Estados totalitarios, duro del socialismo internacional en Rusia o blando, del nacional socialismo, impuesto, este último en Alemania, como es sabido, no por la revolución sino por impecables vías legales. El Estado de derecho terminó así en la legitimación por el procedimiento, de que habla Luhmann. El gobernante puede hacer lo que fuere siempre que se atenga al procedimiento establecido³¹ Como señala Negro Pavón, siguiendo a Welzel «un problema del Estado de derecho consiste en que el único límite del poder sea el derecho, cuya producción se arroga el mismo Estado, no instituciones como la propiedad o el autogobierno, que quedan al margen de la legislación»³². Lo cual deja en evidencia lo que se puede y no se puede esperar de un Estado de derecho legalista.

Pero las cosas no quedaron ahí. El totalitarismo cundió en casi en todo el planeta hasta convertirse, asimismo por vías legales, en una forma institucional dominante. Tras la segunda guerra mundial, se extendió, desde la Unión Soviética hasta sus oponentes, los Estados Unidos, que se presentaban como campeones de la democracia, los derechos humanos y la autodeterminación de los pueblos. Si en 1950, el ruso Wyschinski había afirmado «La constitución no es para proteger a los individuos frente al Estado, sino al Estado frente a los individuos» menos de medio siglo después, el estadounidense Bovard denunciaba que en su país «hoy las leyes crecientemente existen para someter a los ciudadanos, no a los gobiernos» Insensiblemente, los demás Estados europeos y anglosajones siguieron esta tendencia. Debido a que se impuso bajo las formas del Estado legalista de derecho que, al decir de Stahl, no se refieren a su fin y contenido, su implantación pasó inadvertida a muchos. De esta suerte, a la larga, el despotismo blando, como lo llamara Tocqueville, sigue las huellas del despotismo duro³³.

La contraposición entre el Estado de derecho hispánico y estas versiones propias de la Europa atlántica, no puede ser más radical. Mientras el *si recte facias*, apunta a un Estado sujeto a un derecho anterior y superior a él y el *rule of law*, todavía retiene algo del mismo, el *règne de la loi* sitúa de partida al Estado, que hace y deshace a la ley, por encima de derecho. Allí no cabe más que la auto-limitación del poder. En cambio, el *si recte facias*, corresponde a un Estado jurisdiccional constituido por múltiples poderes, —unos supremos, como el estatal y el eclesiástico y otros menores— cada uno con una esfera de acción propia³⁴. Los modelos atlánticos corresponden en contraste a un Estado absorbente, constituido sobre la base de un poder único, al que se subordinan los demás.

chrift, Zürich 1952 KRÜGER, nota 19, 135 y ss. BRACHER, Dietrich, *Die nationalsozialistische Machtergreifung*, Berlín 1960. Böckenförde, nota 19. Mohnhaupt, nota 1.

³¹ LUHMANN, Niklaus, «Öffentliche Meinung», en el mismo, *Politische Planung*, Opladen 1971. El mismo, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied 1975.

³² NEGRO PAVÓN, nota 19, 200, 58.

³³ WYSCHINSKI, Andrei, *Cuestiones de teoría del Estado y del derecho* (en ruso), Moscú 1949. BOVARD nota 9. TOCQUEVILLE, Alexis de, *La démocratie en l'Amérique*. París 1835. trad. castellana, México 1957. REINHARD, nota 9.

³⁴ HESPANHA, «O Antigo Regimen» nota 8.

BIENES Y DERECHOS

El Estado de derecho hispánico es, ante todo, eminentemente práctico. Atiende a proteger en forma inmediata y directa a la persona misma o a lo que de alguna manera le pertenece. Se ocupa de cosas concretas, tangibles, como son *su* honor, *su* vida, *su* integridad física, *su* libertad física o de residencia, *su* casa, *sus* cargos, *sus* haberes.

Más que luchar por *derechos* –iguales para todos–, por dar lo mismo indistintamente a unos y a otros, se lucha por *el derecho*, por dar a cada uno lo suyo, los bienes que le pertenecen. Esto es tarea común a todos, no sólo de los gobernantes, sino también del pueblo, entendido al modo de las *Partidas*, los grandes, los medianos y los menores. Para decirlo brevemente, este Estado de derecho convoca a todos los sectores del pueblo a fin de hacer prevalecer el derecho frente a la violencia, venga de quien venga, del poder o de los poderosos. Por lo mismo, contempla, llegado el caso, la resistencia y la rebelión legítima, encaminadas a reestablecer el derecho atropellado³⁵.

En otras palabras, la protección no recae sobre derechos, sino inmediatamente sobre cosas. De ahí que el lenguaje de los derechos le sea extraño. No se habla de derecho a la vida, a la libertad, al honor o a la propiedad, sino simplemente de dichos bienes. Por lo demás, la noción misma de derecho subjetivo, es decir, como facultad de una persona, es de origen muy reciente. No se remonta más allá de la Edad Moderna y surge, por tanto, en una época en la que esta tradición hispánica ya había alcanzado su madurez³⁶. Sólo tardíamente se da el nombre de derechos o libertades civiles a los bienes protegidos.

Menos aún recae esta protección, eminentemente concreta, en abstracciones como los derechos humanos. En rigor, ellos son más bien aspiraciones o ideales, pues apuntan hacia cosas convenientes a todo hombre en todo tiempo y en todo lugar, que, en el hecho, muchos están lejos de poseer. Tales son, por ejemplo, la libertad, la vida, la salud, la educación, la propiedad.

Por estar centrada en bienes concretos, la protección hispánica no conoce otros derechos políticos que los que miran al buen gobierno, uno de cuyos aspectos primordiales es asegurar a cada uno el pacífico disfrute de lo suyo. En consecuencia, no hay aquí lugar para derechos políticos, entendidos como formas de participar en el gobierno, salvo por una vía estamental o por otras como a través de cuerpos u organizaciones intermedias.

³⁵ *Siete Partidas* 7,1,26. ISENSEE, Josef, *Das legalisierte Widerstandrecht*, Bad Homburg 1969. KERN, Fritz, *Gottesgnadentum und Widerstandrecht*, Leipzig 1914, hay reimpresión Darmstadt 1954, trad. castellana, sin notas, Madrid 1955. BRUNNER, *Land und Herrschaft*, nota 3, en *Recueil de la Société Jean Bodin, Les surêtes personelles*, nota 7. La misma, *L'individu face du pouvoir*, *ibid.*

³⁶ VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, París 1975. FIORAVANTI, Mauricio, *Appunti di Storia delle Costituzione moderne. La libertà fondamentali*, 1995, trad. castellana, Madrid, 1996. CARPINTERO, Francisco y otros, *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz 2003.

Debido a su carácter práctico, esta tradición no se materializa, como la de los derechos humanos, en pomposas declaraciones, sino en medios operantes de protección. Por eso su surgimiento y sus avances son empíricos, casuístas. Progresan de un modo tanteante, probando y corrigiendo una y otra vez las distintas soluciones, hasta dar con las más eficaces. A menudo ellas nacen como reacción contra males reales a los que pretenden remediar o prevenir.

Las dos vertientes del Estado de derecho, jurisdiccional e individualista, arrojan nueva luz sobre la agitada vida política de los pueblos hispánicos en los siglos XIX y XX. Tanto España y Portugal como Hispanoamérica, se debaten entre lo propio y lo foráneo. Es una tensión entre el Estado jurisdiccional –de la constitución histórica– y el Estado individualista –de las constituciones escritas– que chocan como dos placas tectónicas sin que lleguen a acomodarse entre sí. No pueden menos que provocar repetidos terremotos y conmociones.

RECHAZO HISPÁNICO

Algunos han atribuido esta inestabilidad política e institucional a incapacidad e inmadurez de los pueblos hispánicos para adoptar instituciones ajenas a su idiosincrasia.

Al respecto, últimamente, el diagnóstico ha cambiado de forma brusca y diametral. Se habla de un *rechazo*, como el de un cuerpo sano frente al elemento extraño. Más aún, el alemán Steger ha afirmado que Hispanoamérica es el *hoyo negro* donde mueren las ideologías del racionalismo europeo, desde el liberalismo hasta el socialismo, desde el progreso indefinido hasta los *ismos* en general. A la luz de la Postmodernidad, aparecen como anacrónicos *metarrelatos*³⁷. En esta pugna, entre el país real y el país legal, el primero lleva todas las de ganar. En todo caso, en esto hay diferencias. Mientras los españoles pasan por abiertos a recibir lo que venga de allende los Pirineos, los portugueses son más cautos y los iberoamericanos, más viscerales.

Esto no tiene nada de extraño. Entre ellos lo foráneo no logra arraigar, ni menos prevalecer frente a lo propio. Conocida es la tendencia arcaizante de los núcleos desprendidos de su solar de origen, que constituye para ellos el único modo de mantener la propia identidad en el nuevo medio en que se encuentran. Ejemplos hay muchos, desde el lenguaje, que en Brasil y América española se mantiene más fiel a sus orígenes que en Portugal y Castilla, hasta magnas obras eruditas como el código civil, que es más genuinamente castellano o portugués en Hispanoamérica que en la Península Ibérica³⁸.

³⁷ STEGER, nota 13. CLAVERO, nota 13. BRAVO LIRA, nota 13.

³⁸ CRUZ, Guilherme Braga da, «A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro» en Revista da Faculdade de direito, São Paulo, 1955. BRAVO LIRA, Bernardino, «Codificación civil en Iberoamérica y en la Península Ibérica 1827-1917. Derecho nacional y europeización» en LEVAGGI, Abelardo (ed.) *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires 1992.

Para completar el cuadro no está de más apuntar que esta versión hispánica del Estado de derecho guarda cierta similitud con la de los pueblos danubianos bajo la monarquía austriaca. Hasta ahora, nos hemos limitado al Estado de derecho en la Europa atlántica. Pero naturalmente hay otras versiones más, cuyo origen está también en una transformación del señorío de derecho en Estado de derecho. En Europa central, llama especialmente la atención el caso de Hungría, frecuentemente comparado con el de Inglaterra, por su antigüedad y vigor y, por supuesto, el de la monarquía austriaca, modelo de unión de Estados y de espacio multicultural³⁹. Ambas se contraponen a las versiones de la Europa atlántica, porque constituyen un Estado de derecho alejado por igual de la uniformidad impuesta por ley a todos los habitantes y de la reducción de su actividad política a unas ocasionales elecciones populares, a las que, tanto en Hispanoamérica como en Centroeuropa, se mira como algo más bien de mero trámite.

En este sentido, si hay que buscar un modelo similar al hispánico, es preciso ir más allá de la Europa atlántica y de los Estados Unidos, hasta esta Europa central, en el otro extremo del mundo moderno. En Austria y los países danubianos la clave del Estado de derecho es también la persona, más bien que el individuo. Hay una conciencia de la diversidad y del respeto a los demás. En lugar de dar a todos lo mismo, se busca dar a cada uno lo suyo. O sea, se sobrepone a la uniformidad de lo genérico, la diversidad de lo propio, esa pluralidad tan bien destacada últimamente por Csaky⁴⁰.

Sería imposible reconstruir aquí, en detalle, esta historia milenaria del Estado de derecho en el mundo hispánico, llena de incidencias y vicisitudes. Los presentes apuntes pretenden tan sólo mostrar que es muy digna de estudio, que el campo que aguarda aquí a los investigadores es inmenso.

I RECONQUISTA. EL MÁS ANTIGUO ESTADO DE DERECHO EN EUROPA. PODER Y PLURALIDAD DE CREENCIAS Y PERSONAS

La persona del hombre es la más noble cosa de este mundo.
Siete Partidas

Los orígenes de la protección hispana e hispanoamericana a las personas y a sus bienes se remontan al reino hispano visigodo, que abarcó la Península Ibérica

³⁹ CSAKY, Moritz, «Österreich und die Mitteleuropaidee», en *Europäische Rundschau*, 1982, 2. El mismo, «Pluralität in der Monarchie als Kriterium der österreichischer Identität», debo el conocimiento del manuscrito a gentileza del autor. WANDRUSZKA, Adam y URBANITSCH, Peter (ed.), *Die Habsburgermonarchie 1848-1918*, 7 vols., Viena, 1975-2000. BÉHAR, Pierre, *Autriche-Hongrie, idée d'avenir*, París 1991. Para Hungría, en particular, ver nota 12.

⁴⁰ CSAKY, Moritz, *Ideologie der Operette und Wiener Moderne. Ein kultur-historischer Essay*, Viena-Colonia-Weimar, 1996, aumentada ibid. 1998 2, esp. Cap. 7 Pluralität-Kultur-Geschichte. PLASCHKA, Richard, STOURZH, Gerald y NIEDERKORN, Jan Paul (eds.), *Was heisst es Österreich?*, Viena 1995, con trabajos de 14 especialistas.

entre los siglos V y VIII. Su gran problema fue la inestabilidad política, fuente de trastornos y abusos sin cuento. Esta situación tenía raíces profundas. De modo muy esquemático, puede decirse que la pugna entre nobleza y realeza había condenado al país a una constante oscilación entre anarquía y represión⁴¹.

Las luchas incesantes por el poder daban lugar a incontables atropellos. Nadie estaba seguro ni de sus cargos ni de sus bienes ni de su vida. La incertidumbre afectaba no sólo a los poderosos, sino que se extendía también a sus seguidores y dependientes. En medio de ella cobró relieve el apotegma recogido por San Isidoro de Sevilla *rex eris si recte facias, si non facias non eris*⁴².

Pocas palabras han tenido tan larga historia. Desde el siglo VII, no deja de resonar en la vida de los pueblos hispánicos de ambos mundos⁴³. Como manifestación de la primacía del derecho sobre el Estado, es una constante. Condiciona el poder al derecho. El gobernante sólo tiene poder dentro del derecho. Si se sale de él o lo deja atropellar, desaparece su poder. Nada lo testimonia con mayor fuerza que el grito *viva el rey, muera el mal gobierno*, que proclama la fidelidad al derecho, representado por el monarca, por encima del gobernante que lo quebranta con sus abusos⁴⁴. En la práctica, este grito se ha usado no sólo para protestar contra el mal gobernante, sino incluso para deponerlo. En este Estado de derecho, el vasallo y luego el ciudadano, no se dejaron arrinconar fuera de la vida pública y convertir en comparsa, a la que sólo se permite asomarse al escenario cuando es convocada a elecciones. Antes bien, cada uno, según el lugar y posición que ocupa, es en todo momento guardián del derecho.

⁴¹ THOMPSON E.A., *The Goths in Spain*, Oxford 1969, trad. castellana, Madrid. 1971. CLAUDE DIETRICH, Adel, *Kirche und Konigtum im Westgotenreich, Sigmaringen*. 1971, GARCÍA MORENO, Luis A., *El fin del reino visigodo de Toledo. Decadencia y catástrofe, una contribución a su crítica*, Madrid, 1975. Orlandis, José, *La España visigoda*, Madrid 1977.

⁴² Ver nota 4.

⁴³ Sobre la recurrencia de la rebelión legítima., WIDOW, Juan Antonio, «La rebelión y sus fines» en *Tizona* 41, 1 julio 1973, editorial. TEJADA, Francisco Elías, «La resistencia al tirano», *ibid*. Acerca de los efectos de esta discusión, GARAY, Cristian, «Teoría política y carlismo en Chile», en *Aportes* 22-23, Madrid 1993. GIACHINO PANIZZA, Luis, «España 1936», *ibid*. 45, agosto 1973. Una vez producido el pronunciamiento de Pinochet en Chile en 1973, el último presidente del Senado, Eduardo Frei, lo justificó de la misma manera, a la luz del «derecho a la rebelión». A su juicio en el caso de Chile ese derecho «se convierte en un deber. Es un derecho jurídico proclamado por todos los tratadistas e historiadores, como el Padre Mariana». Cfr. *Entrevista* al corresponsal de ABC Luis Calvo, aparecida el 10 de octubre de 1973. Reproducida parcialmente por *El Mercurio*, Santiago 12 de octubre de 1973. Texto completo en GONZÁLEZ ERRÁZURIZ, Francisco Javier, *El Partido Demócrata cristiano. La lucha por definirse*, Santiago 1989, apéndice pp. 225 y ss. Otros políticos, como el sucesor del presidente Pinochet, Patricio Aylwin, decidido opositor a Allende, mantuvo una posición similar. Sobre sus declaraciones en 1973 y 1998, SOTO G., Ángel, «Aylwin admitió como mal menor la idea de una dictadura transitoria» en *La Segunda*, Santiago 17 de Julio 2003.

⁴⁴ Sobre el sentido y recurrencia del grito, DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio, *Alteraciones andaluzas*, Madrid 1973. En Iberoamérica, Jane CECIL, *Liberty and despotism in Spanish America*, Nueva York 1929, trad. castellana, Madrid 1931. MACHADO RIBAS, Lincoln, *Movimiento revolucionario en las colonias españolas de América*, Buenos Aires 1940. MEZA VILLALOBOS, Néstor. *La conciencia política chilena durante la monarquía*, Santiago 1958. Últimamente, para la segunda mitad del siglo XVIII, ANDRÉS-GALLEGO, José, *Quince revoluciones y algo más*, Madrid 1992. También en Nápoles se usa el mismo grito. GALASSO, Giuseppe, «Introducción» a MATTIA DORIA, Paolo, *Massime del governo spagnolo a Napoli*, ed. Vittorio Conti, Nápoles 1975. esp. XIX.

Anticipo de esta lucha por el derecho son los remedios que se probaron en el reino hispanovisigodo para poner coto a la inseguridad de entonces, algunos de gran refinamiento jurídico. A partir del V Concilio de Toledo celebrado en 626 encontramos diversas medidas concretas, primero en favor de los magnates y, luego, de los hombres libres, en general. Ellas llegan a su punto culminante en el XIII Concilio de Toledo de 683, cuando también la anarquía alcanza un grado máximo. Allí surge la exigencia del juicio previo por sus pares para que los magnates del oficio palatino puedan ser castigados por delito o privados de sus cargos, su libertad o sus bienes. En el caso de los demás hombres libres, se lo exigió también para sancionarlos por delito o desposeerlos de lo suyo⁴⁵.

Pero una cosa son los textos y otra la realidad. No hay que dejarse deslumbrar por ellos. No son sino un testimonio de los lamentables atropellos a los que pretendían poner atajo. Vale para ellos la sentencia de Tácito: las buenas leyes son prueba de las malas costumbres.

Estas medidas no tuvieron mayor eficacia y el reino hispanovisigodo, minado por las luchas intestinas, sucumbió muy pronto a mano de los musulmanes. El paso de estos intentos poco eficaces, a una protección más efectiva de las personas, se produjo durante la reconquista, es decir la lucha secular para recuperar los territorios dominados por los musulmanes.

FRONTERA ENTRE DOS MUNDOS

Entonces, la Península se convirtió en frontera entre dos mundos, la Cristiandad y el Islam, donde convivieron entre sí, gentes y pueblos de una diversidad cultural desconocida en Europa. Constituyó un núcleo multicultural sin paralelo en Europa, un islote de extrema diversidad en el continente⁴⁶. Allí, más que en ninguna parte, la protección a las personas se convirtió en cuestión vital. Surgió así una suerte de circulación desde las regiones fronterizas hacia las del interior. Para atraer pobladores a las zonas de avanzada, fue preciso ofrecerles mejores condiciones de vida que las que tenían en el interior. A su vez, en estas regiones más seguras, fue preciso mejorar las existentes, a fin de evitar el éxodo hacia las nuevamente ganadas a los moros. En expresión de Sánchez-Albornoz, Castilla se convirtió en un islote de hombres libres en

⁴⁵ VIVES, José, *Concilios visigodos e hispanorromanos*. Barcelona. Madrid. 1963, Concilio V de Toledo año 636, 6, p. 229, xm Concilio de Toledo año 653, 2 p. 416 y ss. Esta última disposición fue recogida en el *Liber Iudiciorum* 2,1, 6. GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho español* (2 vols.). Madrid. 1968, hay numerosas ediciones posteriores.

⁴⁶ SCHRAMM, Percy Ernst, «Spanien Bastion Europas-Brücke nach Afrika un Amerika en *Die Welt als Geschichte*, 1953. GIESEN, Bernhard (ed) *Nationale und kulturelle Identität*, Francfort a. M., 1991. BADE, Klaus (ed.), *Die multikulturelle Herausforderung, Menschen über Grenzen und Grenzen über menschen*, Munich, 1996. SCHMALE, Wolfgang y STAUBER, Reinhard (eds.) *Menschen und Grenzen und Grenzen und Menschen in der Frühen Neuzeit*, Berlín, 1998. En relación a la América hispánica, RODRIGUES-MOURA, Enrique (ed.), *Von Wäldern, Städten und Grenzen*. Francfort 2003.

medio de la Europa feudal⁴⁷. Algo similar vale para Portugal, en el Atlántico y para Aragón y Valencia, en el Mediterráneo.

En estas condiciones, los precedentes visigodos, no sólo cobraron vigencia sino que se quedaron cortos. Casi se podría decir que iniciaron su verdadera vida. Se ampliaron y robustecieron de modo inesperado y en esos términos, se extendieron luego a América, donde conocieron una nueva e inesperada expansión y fortalecimiento.

De esta suerte, el *si recte facias* no tardó en convertirse en elemento vivo de la conciencia política. Por gobernar se entendió mantener un derecho anterior y superior al poder y los poderosos. Este ideal consuetudinario tuvo larga vida. Anterior a las universidades y a la visión erudita de la política, fundada en autores como Aristóteles y Santo Tomás, que recogen las *Siete Partidas*, pasó a América hispana, donde combinada con el ideal ilustrado de gobierno prevaleció hasta el siglo XX. Esta larga pervivencia de la visión altomedieval de gobierno no es única. También se da en los territorios alemanes, al menos hasta el siglo XVIII⁴⁸.

Confirma lo anterior la vigencia a lo largo del resto de la Edad Media en la Península Ibérica y desde comienzos de la Edad Moderna, también en Hispanoamérica de los cánones de los concilios toledanos, confirmados las más de las veces para efectos civiles por los reyes, y recogidos en el *Liber iudiciorum* como, por ejemplo, los citados del XIII Concilio Toledano. La historia del *Liber* no deja de ser significativa. Después de haberse aplicado en los principados cristianos durante la Alta Edad Media y en la España musulmana para los mozárabes, fue traducido al castellano en la Baja Edad Media bajo el nombre de *Fuero Juzgo* y, como tal, se mantuvo en vigencia en Castilla y luego, además, en América, hasta la codificación que se completa sólo al comenzar el siglo XX.

PRIMER ESTADO DE DERECHO EN EUROPA

Dos grandes factores contribuyen al florecimiento de la protección a las personas en la Península Ibérica durante la reconquista, por una parte la diversidad de tierras, gentes y derechos y por otra, el *utrumque ius*, cultivado en las universidades europeas. El Estado de derecho es fruto de esta feliz convergencia entre dos vertientes, una práctica y otra científica. La gravitación de ambas es cada vez más notoria desde el siglo XI. Al respecto, dos fechas son sugerentes. En 1085, Alfonso VI, de Castilla y León, tomó Toledo, la antigua capital visigótica, lo que marcó un hito en la reconquista peninsular y, c. 1088, se inició en Bolonia el cultivo del *utrumque ius*, romano y canónico, que desde allí se extendió por todo el continente, hasta convertirse en un *ius commune*

⁴⁷ SÁNCHEZ-ALBORNOZ, nota 8.

⁴⁸ SIMON, nota 5, BRAVO LIRA, nota 3.

européo, superpuesto a la variedad de derechos propios, vigentes a lo largo y a lo ancho del continente⁴⁹.

Tras la reconquista de Toledo, Alfonso VI se proclamó emperador de las dos religiones, esto es, cristiana y musulmana y confirmó la vigencia en Toledo de cinco fueros diferentes para otros tantos núcleos de población⁵⁰.

Sobre estos presupuestos, se refuerzan ciertas formas de protección a las personas, como las contempladas en los decretos de las llamadas Cortes de León (c. 1188), conocidos bajo el nombre de *Charta Magna Leonesa*. El rey Alfonso IX jura que no procederá contra nadie por simple denuncia, sino después de probados en su tribunal los cargos que se aducen contra él. Antes de lo cual no le hará *malum vel damnun, vel in persona vel in rebus suis*⁵¹. La exigencia del juicio previo cubre pues, tanto la persona como la hacienda del inculpado.

A ello se añaden algunas medidas prácticas. Por una parte se prohíben varios modos de hacerse justicia por sí mismo y se obliga a ocurrir a los jueces reales, eclesiásticos o señoriales. Por otra parte, se sanciona como delito al que «*ad domum alicuius per vim vadat vel damnun aliquod in ea vel hereditate eius faciat*»⁵². Es decir, se pena al que entra con violencia en casa ajena, causa daño en ella o en la heredad de otro.

Junto a estas formas de protección a las personas aparece en el decreto de Alfonso IX otro elemento: un antecedente de lo que podemos llamar derechos políticos de los estamentos que componen el reino. El rey promete: *quod non faciam bellum vel pacem vel placitum nisi cum consilio episcoporum, nobilium et bonorum hominum per quorum consilio debeo regi*⁵³. O sea, el rey admite que debe reinar con consejo de los obispos, nobles y hombres buenos y, por eso, se obliga a no hacer la guerra ni la paz ni la tregua sin su dictamen.

Poco posterior parece ser la manifestación, surgida en Aragón como medio concreto de hacer efectiva la seguridad de la persona. Al efecto, el justicia mayor exige, en caso de prisión, que el afectado le sea presentado o manifiesto⁵⁴.

⁴⁹ Sobre el Derecho Común y su significación europea, COING, Helmut, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 3 tomos (5 volúmenes), aparecidos, Munich 1973-82, tomo 1 con abundante bibliografía. BERMAN HAROLD, J., *Law and Revolution. The formation of the western legal tradition*, CAMBRIDGE, Mass. 1983, trad. castellana, México 1996; BELLOMO, Manlio, *L'Europa del diritto comune*, Roma, 1988, 5ª ed. (revisada) 1991, trad. castellana, por Emma MONTANÓS FERRÍN, Roma, 1991.

⁵⁰ SCHRAMM, Percy Ernst, *Das kastilische Königtum und Kaisertum während der Reconquista (11. Jh. bis 1252)* en RITTER, G., *Festschrift*, Tübinga 1950. SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Historia del Derecho*, vol. I, Madrid, 1995, 218, nota 15.

⁵¹ *Decreto de la Curia de León*, 2, ed. Real Academia de la Historia, *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*, vol. 1, Madrid 1861, p. 1 ss. pp. 39-42. GARCÍA-GALLO, Alfonso, «El pactismo en el reino de Castilla y su proyección en América», en Instituto de España, *Simposio El pactismo en la Historia de España*, Madrid 1980 esp. pp. 150 y ss. PROCTER, E.S., *Curia and Cortes in León and Castile 1072-1295*, Cambridge. 1980. FERNÁNDEZ CATÓN, José María, *La Curia regia de León y sus «decreta» y constitución*, León 1993, edición crítica de las *decreta*, 98 ss.

⁵² *Decreto*, nota 51. 4 y ss, 11 y ss.

⁵³ *Ibid.* 3.

⁵⁴ SÁENZ DE TEJADA Y DE OLAZAGA, Francisco, *El Derecho de manifestación aragonés y el habeas corpus inglés*, Madrid *s/f* (1957); LALINDE ABADÍA, Jesús. *La gobernación general en*

Esta es una época de extrema diferenciación jurídica. Los estamentos eclesiástico y nobiliario terminan por tener un fuero propio, esto es, un derecho y, a menudo también, tribunales privativos. Asimismo, musulmanes y judíos tienen derecho y jueces propios⁵⁵. En una palabra, nos encontramos con una garantía casi desaparecida, la del fuero personal: nadie es juzgado por un derecho que no es el suyo, ni por un juez impuesto de fuera.

Lo mismo se aplica a aquellas villas y lugares, cuyos habitantes gozan de privilegios o garantías, a menudo documentadas en fueros locales⁵⁶. Estos son, una de las más ricas fuentes de información en materia de protección de las personas. Valen para toda la población de una localidad, es decir, se aplican a todos sin distinciones de tipo estamental⁵⁷. Su contenido es eminentemente casuista, de suerte que nos encontramos con gran profusión de medidas protectoras. Pero estos textos, en su redacción original o en otras similares, se difunden entre múltiples localidades. Así, a la postre, la gama de formas de protección a la persona y a sus bienes es bastante uniforme. Se protege la vida de cada uno, su libertad de movimiento y de residencia, su casa, su integridad corporal, sus propiedades y demás.

DEL SEÑORÍO DE DERECHO AL ESTADO DE DERECHO

La recepción del Derecho Común inaugura una nueva época en la historia del derecho castellano y portugués. Basada en el juego entre práctica y doctrina

la *Corona de Aragón*, Madrid-Zaragoza. 1962; *Los fueros de Aragón*, Zaragoza. 1976; MARTÍN-BALLESTERO, Luis, «El justicia mayor del reino y su proyección actual» en *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza* 43, Zaragoza. 1971.

⁵⁵ Un panorama general en VALDEVELLANO, Luis García de *Curso de Historia de las instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*. Madrid. 1968. ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones político-administrativas*. Madrid. 1975. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, Claudio, *De población y repoblación del valle del Duero*. Buenos Aires. 1966; El mismo, nota 8; GIBERT, Rafael, «Derecho municipal de León y Castilla», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 31 (1961). BARRERO, Ana María, *La familia de los fueros de Cuenca*, ibid 46 (1976); «El derecho local, el territorial, el general y el común en Castilla, Aragón y Navarra», en *Atti del convegno de Varenna*. Milano 1980. La misma *El derecho local en la Edad Media y su formulación por los reyes castellanos* (en prensa; debo a sus conocimientos a gentileza de la autora). La misma y ALONSO MARTÍN, María Luz, *Textos de derecho local español en la Edad Media*, Madrid 1989.

⁵⁶ Así, por ejemplo. *Fuero de Cuenca*, 1 1, 7, ed. crítica con introducción, notas y apéndices de UREÑA Y SMENJAUD, Rafael de, Madrid. 1935: «todas las casas así del pobre como del rico, así del noble como del non noble un fuero ayan y una calonna». Textos similares en otros fueros, como los de Sepúlveda, Zorita de los Canes, Avilés, Oviedo, o Sahagún. Para esto y lo que sigue FIGUEROA, María Angélica, «Apuntes sobre el origen de las garantías a los derechos humanos en la legislación hispano-chilena», en *Estudios de Historia de las instituciones políticas y sociales*, 2, Santiago 1967, 49 y ss.

⁵⁷ «Ninguno ni Señor ni otro no tengan omne preso, maguer (a pesar de) que por propia calonna o por debdo sea venado, mas el juez téngalo preso en su casa fasta que pague lo que debiera.» *Fuero de Cuenca*, nota 56, .1,1,8. Igual texto en otros fueros como de Sepúlveda o de Zorita de los Canes.

jurídica, cobró más adelante singular relieve en la América hispánica, donde el derecho práctico suele llevar ventaja al legislado. Las universidades de Salamanca y Coimbra se convirtieron en el foco del cultivo científico del derecho en todo el mundo hispánico, pues sirvieron de modelo a las de América y Filipinas. En sus aulas se formaron los letrados, laicos y eclesiásticos, que desempeñaron los oficios de la Iglesia, del rey y de las comunas. Su concurso permite al Príncipe transformar el poder señorial en estatal y asumir un papel legislador.

Por este camino, el señorío de derecho, se transformó en Estado de derecho, se estatalizó. Sin perder el fin del poder señorial de conservar y mantener el derecho, surgió por encima de él, un poder más alto, dotado de medios y de un radio de acción de otro orden. Es el poder del Príncipe, cuyo ámbito, sobrepasó al poder señorial sobre tierra y gente y a los lazos bilaterales de fidelidad, derivados de él: protección que el señor debe a sus vasallos y *consilium* y *auxilium* que ellos deben a su señor. El carácter y alcance poder del Príncipe reposa sobre un fundamento institucional diferente. Descansa sobre los oficios y oficiales con que cuenta. Por Príncipe se entiende, aquel que no reconoce superior, en el plano eclesiástico o en el temporal, de suerte que esto vale lo mismo para el Papa en el ámbito universal que para el rey u otro señor en su territorio.

El oficial, a diferencia de la generalidad de los vasallos, está ligado al Príncipe por una relación singular de dependencia, que no es simple fidelidad personal sino institucional. Oficios y oficiales son los pilares del Estado del Príncipe. Ellos constituyen un núcleo estable de personal a su servicio⁵⁸ destinado a asistirle en sus necesidades personales y de gobierno, cuyo radio de acción puede extenderse al territorio. Ese núcleo es el origen del Estado. Organizado primitivamente en torno a la casa, corte y oficiales del Príncipe, algunos destacados en diversas partes del reino, abre paso a formas de gobernar netamente diferentes de las señoriales⁵⁹.

El Estado de derecho se configura bajo formas jurisdiccionales. Sus puntales fueron precisamente la primacía del derecho sobre el poder y la protección de las personas. Formado por múltiples poderes, cada uno de los cuales tiene una esfera de acción propia, pero limitada, constituye un Estado de derecho por excelencia, pues a los juristas compete definir la órbita de cada uno y, por tanto, en qué caso hay uso o abuso del mismo⁶⁰. De estos poderes dos son supremos –el estatal y el eclesiástico– y los demás menores. De esta suerte, en

⁵⁸ Ver nota BOSL, Karl, editor (de) *Handbuch der Geschichte der böhmischen Länder*, 4 tomos, Stuttgart, 1967 – 1970. BAK, Janos M, *Königtum und Stände in Ungarn im 14.-16. Jahrhundert*. Wiesbaden 1973. HELLBIG, Ernst, *Osterreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, Wien– New York, 1974, 2 ed.. 1974. Gergely y Mezey, nota 13. WILLOWEIT, Dietmar y LEMBERG, Hans, (eds.), *Reiche und Territorien in Ostmitteleuropa*, Munich 2006, con trabajos de 21 especialistas.

⁵⁹ Para esto y lo que sigue, HINTZE, nota 3. GARCÍA PELAYO, nota 3. BERMAN, nota 49. BRAVO LIRA, nota 3. El mismo nota 6. MAYALI, nota 5. WOLF, Armin Zur *Entwicklung der Territorialstaat*, Munich 1996. PADOA-SCHIOPPA, Antonio, (ed.), *Legislation and Justice*, 1997. GOURON, André y RIGAUDIÈRE Albert, *Renaissance du pouvoir Législatif et gènèse de l'Etat*, Montpellier 1998.

⁶⁰ Hespanha, «Para una teoría...», nota 8.

la práctica, no solo en la teoría, todos, desde el pontificio y el real para abajo, son limitados. Todos deben actuar dentro del radio de acción que les fija el derecho. Están sometidos al mismo. Según lo respeten o lo pasen a llevar, se distingue entre uso y abuso del poder, buen y mal gobierno, ley justa e injusta. Lo cual hace de la Judicatura, llamada a dirimir los conflictos jurisdiccionales, la clave del Estado de derecho, vale decir, de la primacía del derecho y de la protección de las personas. Por esta vía, ni la persona ni sus bienes quedan a merced del poder y de los gobernantes. En caso de demasías y atropellos, hay recursos judiciales o extrajudiciales. Y, en último término, porque se cuenta, además, entre los medios de restablecer el derecho conculcado, con la resistencia y rebelión legítimas.

Pero nada de esto significa que la protección a las personas se materialice a través de derechos ni que se la sistematice de alguna forma. Sigue siendo tan casuista y concreta como antes, opera a través de recursos y se enriquece y complementa con elementos de raíz romana o canónica.

Así se ve en los fueros locales más influidos por el *ius commune*, como el de Cuenca y sobre todo en la obra cumbre de ese derecho, las *Siete Partidas* (siglos XIII-XIV).

FUEROS Y PARTIDAS

Los fueros locales protegen a cada uno en su libertad personal contra la prisión sin previa orden judicial⁶¹; su casa contra la violencia o el asalto⁶² su vida contra el homicidio, su integridad física contra las lesiones⁶³, su propiedad privada⁶⁴ y la comunal⁶⁵, raíz y mueble contra atentados de diversa especie. Sobre esto último señala María Angélica Figueroa: «en el Fuero de Cuenca hay normas especiales en cada caso para regular el daño, la apropiación o destrucción de las bestias o bueyes que aren o trillen –caso en el que no sólo debía pagarse el valor de la cosa, sino también el perjuicio producido– para cada tipo de animales menores, para el daño de rastros, en la destrucción o daño de ruedas y muelas de molino, en los canales y en las represas, entre muchas otras»⁶⁶.

Las *Siete Partidas* son el principal cuerpo de derecho escrito aplicado en España y Portugal desde el siglo XIV y en Hispanoamérica desde el descubri-

⁶¹ *Fuero de Cuenca*, nota 56, 1, 6.

⁶² *Fuero de Zorita de los Canes*, ed. UREÑA y SMENJAUD, Rafael de, Madrid, 1911, p. a-32.

⁶³ Con detalle trata esta materia el *Pseudo ordenamiento de León*, 2, publicado en el *Anuario de Historia del Derecho Español* 13, Madrid 1943: «Que ningún omne por sanna que aya contra otro non deve le mistar a otro ninguno, ni enforzar, ni lisiar, ni matar a chnstiano ni a moro, ca todo esto es justicia del rey e non cae a omne otro ninguno y si alguno otro lo fidere deve estar a la merced del rey».

⁶⁴ *Fuero de Sepúlveda*, 23, ed. crítica y apéndice documental de SÁEZ, Emilio, *Los Fueros de Sepúlveda*, Segovia, 1953.

⁶⁵ *Ibid.*, 33. *Fuero de Cuenca*, nota 56, 1, 2, 1.

⁶⁶ FIGUEROA, nota 56, p. 56.

miento, cuya vigencia se prolongó a ambos lados del Atlántico hasta la codificación, es decir, hasta el siglo xx⁶⁷. Constituyen una verdadera suma de derecho. Pretenden abarcar toda la materia jurídica de una visión unitaria, de fundamento teológico. Dentro de esta perspectiva teocéntrica, exaltan la dignidad del hombre, que está por debajo de Dios, pero que ha sido puesto por Él sobre el resto del universo visible, lo que, como sabemos, da origen a la afirmación: *la persona del hombre es la más noble cosa del mundo*.

La honra, es la expresión más señalada de esta dignidad del hombre, de raíz teológica, concepto que ya en esta época tiene extraordinaria relevancia en la vida de los pueblos de habla castellana y portuguesa. De ello dan fe la literatura y el derecho. Pero también la concepción de la vida política y de los recursos judiciales como medio de protección a las personas.

Según las *Partidas* tres son las honras que Dios hizo señaladamente al hombre. Primero, al hacerlo a su imagen y semejanza con inteligencia para conocer al mismo Dios y a las cosas. En segundo lugar. Dios le dio para su servicio todas las demás criaturas que hizo (salvo los ángeles) y, por último, le dio a la mujer por compañera en la que hiciera linaje, es decir. Dios quiso asociar al hombre a la propagación del género humano⁶⁸.

Conforme a esta noción de honra, la mayor lesión de ella no puede provenir de afuera, de otro hombre, sino del propio sujeto, que se autorebaja cuando procede vilmente, lo que ocurre cuando quebranta el orden debido. Sucede esto cuando falta a la fidelidad y comete traición: «*la más vil cosa e la peor en que puede caer el corazón del hombre*». Con ella, en efecto, «*yerra contra Dios y contra todos los hombres, haciendo lo que no debe hacer*»⁶⁹.

Después del autoenvilecimiento, vienen las diversas formas de lesión a la honra debidas a hecho ajeno. Entre ellas está la esclavitud: «*la más vil cosa de este mundo que pecado non sea*». Por eso «*es la más despreciada; así (como) la libertad es la más cara y la más preciada*»⁷⁰.

Se comprende muy bien que entre los deberes del rey figure el de honrar a los hombres de su reino. Lo que debe hacer de tres maneras, de hecho, de palabra y de modo público... Así, el rey debe «poner a cada uno en el lugar que le conviene por su linaje o por su bondad o por su servicio» y «mantenerle en él, non haciendo porque lo debiese perder». Luego debe honrar a cada uno de palabra «loando los buenos fechos que le hicieron, de manera que ganen por ende fama y buena prez». Por último, debe el rey querer «que los otros lo razonen así y honrándolo será él honrado por las honras de ellos»⁷¹.

La honra se protege en las *Partidas* contra atentados cometidos por otros, de varias maneras. El título dedicado a las deshonras está colocado inmediatamente después del homicidio. El detalle con que trata de las diversas formas de ella refleja la importancia que le atribuye. Se ocupa de la deshonra de pala-

⁶⁷ BRAVO LIRA, nota 5.

⁶⁸ *Siete Partidas*, 4 prólogo.

⁶⁹ *Ibid.* 7, 2,1.

⁷⁰ *Ibid.* 4, 23, 8.

⁷¹ *Ibid.* 2,10, prólogo.

bra, por escrito o por vías de hecho. Entre éstas contempla lesiones corporales o cuando uno persigue a otro para herirlo o apresarlo, «lo encierra en algún lugar o le entra por fuerza en la casa» o «rompiendo un hombre a otro los paños que vistiese o despojándolo de ellos por fuerza o escupiéndole a la cara a sabiendas»⁷².

No obstante, en ningún momento califican las *Partidas* a la honra como derecho. Otro tanto ocurre con la vida, la libertad, la propiedad y demás. Son bienes propios de la persona, que deben ser respetados, no derechos que se le prometen o a que se aspira. Su protección da lugar a múltiples medidas concretas, no a meras declaraciones. De ahí que se hable de deberes y no de derechos.

POLÍTICA BASADA EN DEBERES

La persona es también sujeto de la política. En consecuencia, se trata de los deberes del rey y de los deberes del pueblo. Tampoco se habla de derechos. Por lo demás, el rey y el pueblo no se presentan en una relación vertical, uno arriba y el otro abajo, como nosotros estamos acostumbrados a plantear la relación entre gobernante y gobernados⁷³, reducida a menudo a una dicotomía elegidos y electores.

La visión es siempre teológica y el hombre –sea gobernante o gobernado– está situado debajo de Dios y por encima de las cosas. Así, tanto el rey como el pueblo son sujetos de tres tipos de deberes. En primer lugar, tiene deberes para con Dios, que está por encima de ambos. En el otro extremo tiene deberes para con la tierra, vale decir, la patria, que está entregada al cuidado de ambos. Entre unos y otros deberes están los del rey para con el pueblo y los del pueblo para con el rey.

Estos deberes políticos alcanzaron proyecciones históricas insospechadas. En su origen no fueron, bajo ningún aspecto, derechos políticos. Transformarlos en tales sería sobreinterpretarlos. Por parte del pueblo se resumen en *auxilium* y *consilium* que debe al rey, algo demasiado genérico, como para configurar un derecho del rey, es decir, una regalía. Lo mismo ocurre con la protección que el rey debe a sus vasallos. Abarca principalmente tres tipos de abusos enunciados en las *Partidas*: los del propio gobernante, los de los poderosos y los de los enemigos exteriores⁷⁴. Tampoco da origen directamente a un derecho político de los vasallos, aunque sí forma parte de la noción de buen gobierno y a través de ella, en el siglo XVIII, a la noción de fines del Estado. Del concepto de buen gobierno, brota en la Península y, a lo menos, desde el siglo XVII, también en Hispanoamérica un deber político de velar por el buen gobierno y el orden

⁷² *Ibid.* 7, 9, leyes 1, 3 y 6.

⁷³ Sobre esto y lo que sigue, BRAVO LIRA, nota 5, 67 y ss.

⁷⁴ *Siete Partidas* 2, 10, prólogo, BRAVO LIRA, nota 5, 69 y ss.

instituido (constitución no escrita), que es la suma y compendio de todos los demás deberes políticos del gobernante y de los gobernados⁷⁵.

SE OBEDECE, PERO NO SE CUMPLE

Pero lo que principalmente se fortalece bajo el signo del *ius commune* y de las alteraciones que vive Castilla en los siglos XIV y XV, son las medidas concretas de protección a los vasallos. En 1325 y en 1329 se manda que no se cumplan las órdenes desaforadas, esto es, ilegales, de «lisiar o matar, o desterrar»⁷⁶. Se refuerza así la protección de la vida, de cada uno, su integridad corporal, su libertad física, sus bienes y su libertad de residencia. Algo de esto pervive en el siglo XX en los recursos de inaplicabilidad. Una centuria después ordenó Juan II que se obedezcan pero no se cumplan las reales cartas por las que se despoja a alguno «de sus bienes y oficios» sin que primeramente sean llamados y vencidos⁷⁷. Esto es, se exige el juicio previo para privar a alguien de sus bienes o de sus cargos. Todas estas medidas se recogen en las recopilaciones de leyes de Castilla, pasan como derecho vivo a América y rigen hasta la codificación en los siglos XIX y XX.

No menos relevante es el *obedézcase, pero no se cumpla*, de Juan II en las mismas Cortes que permitió hacer valer el derecho por encima de la legislación en casos concretos y que cobró su máxima significación en el Nuevo Mundo, debido a la distancia y desconocimiento de la realidad en la corte.

Paralelamente se desarrollan los recursos de los gobernados contra el gobierno, por actos arbitrarios o que les sean lesivos⁷⁸. Los más importantes son la apelación contra actos de gobierno y la suplicación contra la sentencia de apelación. La primera se configura plenamente en el siglo XIII. Tiene por objeto obtener la reparación de un agravio, causado por un acto injusto, que podría ser incluso la designación para determinado oficio. Conocía de las apelaciones contra los oficiales y corregidores de las villas, la Audiencia, a la que

⁷⁵ BRAVO LIRA, Bernardino, «Metamorfosis de la legalidad. Forma y sentido de un ideal dieciochesco», en *Revista de Derecho Público* 31-32 (Santiago), 1982, ahora en el mismo, *El juez entre el derecho y la ley en el mundo hispánico, Del Estado de derecho al derecho del Estado (siglos XVI a XXI)*, Santiago 2006. El mismo, *Historia de las instituciones...* nota 8.

⁷⁶ *Cortes de Valladolid 1325*, petición 3 y de *Madrid 1329*, en Real Academia de la Historia, *Cortes...*, nota 51. Estas disposiciones se recogieron en la *Nueva Recopilación* 4,14, 4, y en la *Novísima Recopilación* 3, 4,3, y tuvieron dilatada aplicación. Hay testimonios de su vigencia casi cinco siglos después en América: por ejemplo, la invoca la Real Universidad de San Felipe, en Santiago de Chile, en 1808 para oponerse a una resolución del Presidente. MEZA VILLALOBOS, Néstor, «Los orígenes de la cultura política de los chilenos» en *Política* 3, Santiago 1983.

⁷⁷ *Cortes de Valladolid 1448*. Pasa a la *Nueva Recopilación* 4,13, y a la *Novísima* 3, 4, 6. GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, «La fórmula obedézcase, pero no se cumpla en el derecho castellano de la Baja Edad Media», en *Anuario de Historia del Derecho Español* 50, Madrid 1980. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «La ley «se obedece, pero no se cumple». En torno a la suplicación de las leyes en el derecho indiano» en *Anuario Jurídico Ecuatoriano* 4 (Quito) 1980, con bibliografía.

⁷⁸ Para esto y lo que sigue, VILLAPALOS, Gustavo. *Los recursos contra los actos de gobierno en la baja Edad Media, Su evolución histórica en el reino castellano 1252-1504*, Madrid. 1976.

tres años antes del descubrimiento de América se le reconoció facultad para suspender la ejecución del acto de gobierno apelado⁷⁹. De los actos del rey o de la Audiencia y, en general de aquellos contra los cuales no procedía alzada por vía de derecho, cabía suplicación por vía de merced⁸⁰. Se resolvían, entonces, por equidad más bien que por derecho. Hay noticia de casos en que se condenó al propio rey a indemnizar⁸¹. Desde las Cortes de Segovia en 1390, el conocimiento de la suplicación se radica en la misma Audiencia⁸², régimen que pasó a América.

II CONQUISTA: EL MÁS ANTIGUO ESTADO DE DERECHO FUERA DE EUROPA. EL PODER ENTRE CONQUISTADORES Y CONQUISTADOS

«Sea su principal fin procurar inducir y traer a los pueblos de ellas y los convertir a nuestra Santa Fe Católica... y no consientan ni den lugar a que los indios... reciban agravios algunos en su persona y bienes, mas mando que sean bien y justamente tratados. **Isabel la Católica, Códicilo 1503.**»

Los grandes descubrimientos geográficos a fines del siglo XV abrieron una nueva época en la historia del derecho europeo. Con ellos se inauguró su vigencia fuera de Europa, en otros continentes, con pueblos y culturas diferentes, a los que, en parte deben adaptarse y en parte conformarse. Iniciadores de esta expansión fueron Portugal y Castilla, que hasta el siglo XVII, constituyeron las únicas potencias europeas establecidas en ultramar. Por esta razón los autores han llamado Primera América a la hispánica.

Lo propio de ella es que se trata de una Conquista, entendida como prolongación ultramarina de la Reconquista, con su dualidad guerrera y religiosa y no de una forma de colonización o colonialismo como las practicadas a partir del siglo XVII por las otras potencias europeas. Enfrentadas a la diversidad americana, que superaba en todo sentido a lo que se conocía en Europa, España y Portugal pusieron en juego su experiencia multisecular del Estado de derecho peninsular, con variedad de regiones, poblaciones, derechos y culturas. El modo como se realizó la expansión, la distancia de los nuevos territorios y muchos otros factores obligaron a complementar y a adicionar las instituciones de gobierno territorial y las formas de proteger a las personas, conocidas en la Península.

La protección a las personas se amplió y diversificó no sólo en lo que toca a la población de origen europeo, sino sobre todo con las poblaciones aboríge-

⁷⁹ *Ordenanzas de la Chancillería de Valladolid, 24 marzo 1489 en Libro de Bulas y Pragmáticas* fol. 490-60. Agradezco la ayuda del prof. Agustín Bermúdez Aznar para obtener el texto.

⁸⁰ *Leyes del Estilo*, 30, VILLAPALOS, nota 77, 293.

⁸¹ VILLAPALOS, nota 78, 296.

⁸² ZAVALA, *Las instituciones...* nota 8, obra hasta ahora no superada.

nes del Nuevo Mundo y cobró forma de un Estado de derecho multicultural, que se desdobló en dos repúblicas: la de los españoles y la de los naturales. En otras palabras, en lugar de abandonar a su suerte a la mayoría conquistada, compuesta de los más dispares pueblos indígenas, la monarquía se interpuso entre ellos y los conquistadores.

LA MONARQUÍA ENTRE CONQUISTADORES Y CONQUISTADOS

Ante todo, estos reinos se constituyeron sobre la base del vasallaje directo de sus habitantes al rey. Bajo su jurisdicción se constituyeron, dos repúblicas distintas entre sí pero complementarias: la de los españoles, cuyo núcleo fueron los conquistadores y la de los naturales, formada por los conquistados, es decir, por los indígenas, la inmensa mayoría de la población. Este pueblo, eminentemente heterogéneo, articulado en dos círculos por la monarquía constituye en Indias la base originaria del Estado de derecho. Sin él no podría haber ni Estado ni derecho.

Este es un caso único. Fue posible debido a que la monarquía excluyó en Indias los señoríos de vasallos, al modo europeo, que, con poderes propios se interponían entre un núcleo de personas y el monarca. En consecuencia, correspondió al rey asumir la protección de conquistadores y conquistados. Esto se traduce fundamentalmente en el buen gobierno, deber primario del rey y de sus oficiales.

Todo esto es completamente diferente a las colonizaciones que comienzan en el siglo XVII. Nada más lejos de una expansión mercantil y colonial. En lugar de limitarse a buscar tierras o mercaderías, se propone fines más altos que los puramente utilitarios, para los cuales los indígenas están en primer plano: difundir la fe católica y dilatar la monarquía o como dice el poeta, *ganar infinitas tierras para el rey e infinitas almas para Dios*⁸³. De acuerdo a estos presupuestos se les reconoció ya desde el siglo XV, esto es, antes de que iniciarse la Conquista en Tierra firme, como personas y vasallos libres del rey. Respecto de ellos, incluso de aquella inmensa mayoría, que estaba por descubrir y sin incorporar todavía a la monarquía, se hicieron sinónimos los términos hombre y persona.

⁸³ El fin misional aparece reiterado en el *códicilo* de Isabel La Católica de 23 de noviembre de 1504, las *ordenanzas del Consejo de Indias* 24 de septiembre 1571, 5 y otros muchos documentos, como la *Recopilación de Leyes de los reinos de las Indias 1680*, 2, 28 y, por supuesto en los autores de la época, por todos: Acosta, José, *De procuranda indorum salute*, Salamanca, 1589, esp. 2,8 y 3,2. En el mismo sentido SILVA, Juan, *Memorial* (impreso) citado por LEÓN PINELO, Antonio, *Tratado de las confirmaciones reales de encomiendas, oficios y casos que se requieren para las Indias occidentales*, Madrid 1630, 1,19, 20. 1,19 y por SOLÓRZANO, nota 11, 1, 2,9,8. Al respecto hay una abundante bibliografía: REIN, Gustav Adolf, «Das Problem des europäischen Expansion in der Geschichtsschreibung», Conferencia 1928, ahora en el mismo, *Europa und Übersee, Gesammelte Aufsätze*, Berlín-Francfort 1961, pp. 49 y ss. GÓNGORA, El Estado nota 8. El mismo, *Studies*. Ibid BRAVO LIRA, Bernardino, «El Estado misional, una institución propia del derecho indiano» en Estudios en honor de AVILA MARTEL, Alamiro, Santiago 1985.

En todo caso, la iniciativa creadora no vino solamente desde arriba, vino asimismo y con una fuerza casi arrolladora de los propios conquistadores, bajo la forma de exigencias de premios, gracias y privilegios. Frente al rey, acostumbraban subrayar que actuaron por propia iniciativa y, a su *costa y minción*. Es decir, vinieron a América, se equiparon y ganaron nuevos territorios para Dios y para el rey, por propia decisión y sin paga alguna. Gastaron su vida y su hacienda para servir a ambas Majestades. Por ello, reclamaban un premio, una recompensa para sí y para sus hijos. Prendió y arraigó así en Hispanoamérica con vigor extraordinario una conciencia de los propios méritos frente al rey. Ella no se restringió a los estratos dirigentes, sino que alcanzó hasta el último conquistador. En vista de los servicios prestados, todos se sentían merecedores, no sólo de premio, sino también de especial miramiento por parte del rey y de sus agentes. Entre ellos no se trataban de «*tu*», como las personas corrientes, sino de «*vuestra merced*», o sea, *usted*, en castellano o *você*, en portugués.

Esta actitud es una versión actualizada y, en cierto modo, exacerbada en las peculiares condiciones del Nuevo Mundo, de un sentimiento ya recogido en las *Partidas*. Explica porqué no cabe asimilar a los vasallos indios con los emigrantes llegados a estos países cuando ya estaban formados. Si bien estaban dispuestos a consumir sus vidas y haciendas al servicio del rey, no lo estaban a tolerar el menor atropello a su honra y, por tanto, tampoco la menor lesión a sus personas y a sus pertenencias. Esta mentalidad no se limita a las capas superiores. Tampoco dependió de los bienes de fortuna –de lo que se tiene– sino de la dignidad del conquistador –de lo que se es–. Al decir de Eyzaguirre, el hidalgo tiene su honra a flor de piel, aunque cubra ésta con harapos⁸⁴. Lo que concuerda con el dicho, *pobre pero honrado*, tan común en algunas partes de Hispanoamérica.

BUEN GOBIERNO DE LOS NATURALES

La monarquía acogió desde temprano estos ideales de servicio a Dios y al rey. Sin ser pródiga en los premios, supo satisfacer en alguna medida las pretensiones a veces insaciables de los indios. Por otra parte, tuvo especial cuidado de brindar una efectiva protección a sus vasallos americanos. Consideró que su papel era amparar a los desvalidos y, se interpuso, en consecuencia, entre conquistadores y conquistados.

⁸⁴ Sobre la concepción de premio y la conciencia de los propios derechos, ZAVALA, nota 8. GÓNGORA, nota 8. MEZA VILLALOBOS, Néstor, *La conciencia política chilena durante la monarquía*. Santiago 1955. El mismo, nota 75. Sobre gracia y merced en el mundo hispánico, BARRIENTOS GRANDON, Javier, «El *cursus* de la jurisdicción letrada en las Indias (s.XVI-XVII)»; en BARRIOS, Feliciano (ed.), *El gobierno de un mundo. Virreinos y audiencias en la América hispánica*, Cuenca 2004. Sobre el sentido del honor, EYZAGUIRRE GUTIÉRREZ, Jaime, *Fisonomía histórica de Chile*, México 1948.

De esta manera, ya desde mediados del siglo XVI, se impuso la distinción entre la república de los españoles, formada por los europeos y criollos y organizada y regida al modo europeo, similar al de Castilla y Portugal, y la de los naturales. «Estas dos repúblicas —explica Barrientos— se constituían sobre la base de unos pobladores que eran jurídicamente iguales frente a la corona, pues Castilla, desde los primeros años de la conquista, reconoció a los naturales como personas, declaradas como tales desde el año 1500 por la reina doña Isabel, asumiendo directamente su protección, en cuanto más débiles que los españoles, a quienes jamás consintió sus pretensiones de declararse señores de vasallos»⁸⁵.

Constituida por la población indígena, que era la inmensa mayoría y a la que se asimilaba a los desvalidos o *miserabiles personae*, esta república se hallaba bajo la protección especial del rey. Organizada bajo sus propias potestades, tenía un régimen privilegiado. Todos los autores de la época, juristas y gobernantes desde el oidor de Guatemala Tomás López, de Guatemala, en 1551, hasta el virrey de México y de Perú Martín Enríquez en 1580 y el célebre Solórzano Pereira, Consejero de Indias, en 1647 convienen en que éste es el modo de conseguir, «el buen gobierno de los naturales y justicia para los españoles», en palabras del virrey Toledo.

Uno de los medios con que cuentan todos los vasallos para hacerlo efectivo es el juicio de residencia. Introducido ya en tiempos de Colón, deben someterse a él los servidores del rey, desde los más altos, virreyes, presidentes y oidores. No por exigirse *a posteriori*, su responsabilidad es menos efectiva. Un comentario del virrey del Perú, Conde de Chinchón, lo deja en claro: el virrey hace su entada bajo palio, pero termina obligado a rendir cuenta de sus actos. El juicio es de esas instituciones que actúan por presencia. La perspectiva de él obliga a moderarse. Todo el mundo es admitido a formular cargos y a reclamar la indemnización que corresponda. De este modo el pueblo contribuye al buen gobierno. Lo que explica la raigambre popular de esta institución. A la inversa, no deja de ser significativo que el supremo honor de un gobernante u oidor fuera no haber cargos en su contra. No pocos cosecharon esta distinción, como los presidentes Garro y Henríquez de Chile en el siglo XVII, lo que constituye un reconocimiento de probidad y acierto en su desempeño⁸⁶.

⁸⁵ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *El gobierno de las Indias*, Madrid-Barcelona 2004. 212. SOLÓRZANO PEREIRA, Juan, *De indiarum iure*, 2 vols. Madrid. 1629 y 1639, 2,15. 2, 4, capítulos 3 a 8; *Política Indiana*. Madrid. 1647, 5. 3 a 9. TOLEDO, Francisco de, Carta al rey, Los Reyes 8 de Febrero de 1570; en LEVILLIER, Roberto, *Gobernantes del Perú Cartas y papeles*, Madrid 1921, 3, 315.3. ZAVALA, Silvio» Notas sobre el oidor Tomás López», en *Caravelle* 35, Toulouse 1980. ENRÍQUEZ, Martín, información a su sucesor; en WECKMANN, Luis, *La herencia medieval de México*, México 1983. SALVAT MONGUILLOT, Manuel, «Los representantes de la república», en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 6, 1970. SÁNCHEZ-CONCHA, Rafael, «La tradición política y el concepto de *corpo de república* en el virreinato» en HAMPE MARTÍNEZ, Teodoro, *La tradición clásica en el Perú virreinal*, Lima 1999. LEVAGGI, Abelardo, «República de indios y república de españoles en los reinos de Indias» en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 23, Valparaíso 2001.

⁸⁶ MARILUZ URQUIJO, José María, *Ensayo sobre los juicios de residencia indianos*, Sevilla 1952. JARPA DÍAZ DE VALDÉS, Emilio, *El juicio residencia en Chile durante el siglo XVIII* (tesis), Facultad de Derecho. Universidad Católica de Chile, 1966.

RECURSOS JUDICIALES

Con todo, el principal medio de protección a los vasallos indios —europeos o indígenas, mestizos o mulatos— contra los abusos de los gobernantes o poderosos fue el recurso *a gravamine* o apelación contra actos de gobierno⁸⁷. A lo menos desde 1528 la Audiencia comienzan a ampararles y protegerles, en nombre del lejano monarca. Se trata de un recurso nuevo, podemos decir propiamente americano, por su contenido genérico. Resguarda la posesión de objetos tan disímiles como tierras, sementeras o ganados; libertad de movimiento o de residencia; cargos e incluso del fuero nobiliario, que exime de prisión por deudas. Más aún, el amparo procede no sólo contra actos realizados, sino también contra actos futuros, cuya realización, con el consecuente daño o agravio, se tema fundadamente⁸⁸. Lo dicho basta para mostrar que en ningún país europeo de la época contaban sus habitantes con una protección semejante. Aunque también es cierto, que se hallaban menos expuestos a abusos, que los remotos pobladores de Hispanoamérica.

La apelación contra actos de gobierno a la Real Audiencia no se hallaba al alcance de todos, debido a la enorme extensión territorial de su distrito. Para facilitar el acceso a la justicia se introdujo la visita de la tierra que debía realizar periódicamente un oidor, a fin de reparar en forma rápida y expedita toda suerte de abusos, cometidos por oficiales del rey o por personas privadas⁸⁹. Al parecer, tampoco existía nada semejante en la Europa de allende los Pirineos.

Lo anterior se refiere en general a abusos provenientes de particulares o del gobierno. Pero el vasallo americano contaba con una protección especial frente a los abusos legislativos. Se pensaba que, debido a la distancia, al desconocimiento o, incluso, a torcida información, la ley dictada por el monarca podía ser injusta. En ese caso cabía distinguir, como ya se hacía en Castilla en la Baja Edad Media, entre obedecerla y cumplirla. Se la obedecía, esto es, se la acataba como ley, pero se suspendía su cumplimiento y se suplicaba al rey para que la enmendase. De ahí la expresión: *se obedece, pero no se cumple*⁹⁰.

Otro aspecto que cobra inusitado relieve en Hispanoamérica es la inviolabilidad de la correspondencia. Las cartas son el principal medio para comunicarse con el rey, para informarle, para hacerle llegar peticiones, para denunciar los abusos reales o supuestos. Por ello a fin de salvaguardar este medio de

⁸⁷ SOLÓRZANO PEREIRA, *De Indiarum iure* nota 84. 2,15. 2, 4, capítulos 3 a 8; *Política Indiana*, nota 84, 5. 3 a 9. Para esto y lo que sigue, LIRA GONZÁLEZ, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novo-hispanos del Juicio de Amparo*, México. 1971; con ejemplos concretos, de actos contra los cuales procede el recurso 59 y ss. FAIRÉN, Víctor, *Antecedentes aragoneses del juicio de amparo*. México. 1971.

⁸⁸ SOLÓRZANO PEREIRA, *De Indiarum iure* nota 84. 2,15. 2, 4, capítulos 3 a 8; *Política Indiana*, nota 84, 5. 3 a 9.

⁸⁹ Ibid. MUÑOZ FELIÚ, Raúl, *La real audiencia de Santiago de Chile*. Santiago. 1937, cap. 108 y ss.

⁹⁰ FIGUEROA nota 56, 94 y ss. TAU ANZOÁTEGUI, nota 77.

comunicación se toman medidas muy estrictas, desconocidas en Europa, donde tal vez no eran tan necesarias⁹¹.

Pero la mayor ampliación de las antiguas formas de protección personal en Hispanoamérica se produjo en favor de los indígenas.

REPÚBLICA DE LOS NATURALES

Uno de los más arduos problemas teóricos y prácticos que planteó la expansión ultramarina de Europa fue determinar la situación jurídica de los indígenas en relación a los europeos. Portugal y España fueron los primeros en enfrentarlo. No les bastó para ello la experiencia medieval de los fueros y del *ius commune*. Además, tuvieron que echar mano del derecho natural y del de Castilla⁹². Lo que llevó, en definitiva a reconocerles no sólo como personas y vasallos libres, al igual que los españoles, sino como integrantes de una *répública de los naturales*, distinta de la de los españoles.

Basado en el *ius commune*, se forjó para ellos un espacio propio diferente del de la minoría europea, dentro del cual reconoció expresamente la vigencia de sus modos de vida y de su derecho, siempre que no fueran contrarios a la fe cristiana. Además los rodeó de una malla de privilegios y de formas de protección.

Al parecer, la radical igualación de los conquistados con los conquistadores, por encima de sus diferencias de todo género, de raza, cultura, mentalidad, posición, riqueza, honor, poder y dotes personales, no habría sido posible en el solo plano jurídico. Necesitó una base religiosa. La fe cristiana relativizó esas diferencias propias del más acá terreno. No sólo las relativizó sino que, realizó frente a ellas lo común a unos y otros: su condición de persona, que remite al ser y la dignidad de cada hombre y, en última instancia, a su relación con Dios⁹³. Se aplicó allende el océano lo que se decía en las *Partidas*: la persona del hombre es la más noble cosa de este mundo. A diferencia del *tener* –material o cultural–, esta condición de persona dimana del *ser*, que sitúa al hombre

⁹¹ Ya desde 1541 hay disposiciones tendientes a que «toda y cualquier persona puedan escribir y enviar sus cartas de estos nuestros reinos libremente, sin que en lo uno ni en lo otro le sea puesto embargo» bajo pena al que lo impidiese de «perdimiento de todos sus bienes» destierro de los reinos americanos y pérdida de todo cargo público. El texto en *Disposiciones complementarias de las leyes de Indias* (3 vol.) 2.^a ed. Madrid 1930-32. Ver también *Reales cédulas* 14 septiembre de 1592 en *Recopilación de Leyes de los reinos de las Indias* 3,16, 2 y 7 octubre 1662 en *Disposiciones complementarias*, cit.

⁹² Sobre esto hay abundante bibliografía. Últimamente, PRIETSMANN, Horst, *Staat und staatliche Entwicklung am Beginn des spanischen Kolonization Amerikas*, Münster. 1980. LUCENA SALMORAL, Manuel, «El descubrimiento y la fundación de los reinos ultramarinos hasta fines del siglo XVI» en RAMOS, Demetrio, *Historia de España y América*, I. 7, Madrid. 1982; CÉSPEDES DEL CASTILLO, Guillermo, *América Hispánica 1492-1898*, Madrid. 1983.

⁹³ BRAVO LIRA, Bernardino «A.E.I.O.U., La Casa de Austria en el Viejo y en el Nuevo Mundo Dimensión universal del milenio de Austria 996-1996», en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 106, 1997.

dentro de una perspectiva teocéntrica, anterior y superior a las cosas de este mundo. De esta suerte, la categoría grecorromana cristianizada de persona se aplicó a pueblos enteros, completamente ajenos a esa tradición cultural. Esta es, sin duda, una de las mayores proezas en la historia de la expansión mundial de Europa. Sobre esta base fue posible la unificación del mundo moderno bajo la preponderancia europea⁹⁴.

A los ojos de algunos puede parecer obvio, pero no lo es en absoluto. De hecho, a ningún otro pueblo europeo, se le ocurrió tratar como persona a los indígenas con que tropezaron en su expansión ultramarina. Los consideraron como hombres de inferior condición, sin pensar ni remotamente en aplicarles esa categoría de que ellos se atribuían a sí mismos. Por lo demás, tampoco fue fácil proceder como lo hicieron los españoles y portugueses. La consideración de los indígenas como personas no eliminó, ni podía hacerlo, las diferencias abismales que los separaban de la población de origen europea. Por lo mismo, obligó a realizar indecibles esfuerzos para hacerla efectiva. Lo que el estadounidense Hanke, no sin admiración, llamó lucha por la justicia en la conquista de América y el alemán Höffner lucha por la dignidad humana.

En lugar de ser objeto de exterminio o discriminación, como aún hoy lo son los nativos en algunas de las antiguas colonias europeas, que se han hecho tristemente célebres por sus matanzas, se los dotó de un régimen protector. Sin aislarlos, se los rodeó de instituciones defensoras. Con ello se abrió un cauce a la convivencia, al mestizaje y a la colaboración recíproca, al mismo tiempo que se movilizó a muchos de los más dotados al servicio de los más necesitados: no sólo misioneros, oficiales del rey y demás, sino encomenderos, hacendados, doctrineros y vecinos en general. Si todo esto no bastó para extirpar los abusos, al menos consiguió reducirlos y, sobre todo, crear entre los indígenas más cultivados un sentido y una conciencia de la propia dignidad y, no en último lugar, del trabajo como modo de vida.

LOS INDÍGENAS COMO PERSONAS Y VASALLOS LIBRES

La condición jurídica de los indígenas, se configuró a partir de su calidad de personas⁹⁵. Se definió, desde muy temprano en función de dos elementos complementarios. Por una parte, los indígenas fueron declarados ya en 1500

⁹⁴ Ha llamado poderosamente la atención, especialmente a los estudiosos extranjeros. HÖFFNER, Joseph, *Kolonialismus und Evangelium. Spanische Koloniaethik im Goldenen Zeitalter*, Tréveris 1947, hay trad. castellana; HANKE, Lewis, *The spanish struggle for justice in the conquest of América*, Filadelfia 1949, trad. castellana. Buenos Aires. 1949; KONETZKE, Richard «Christentum und Conquista in spanischen Amerika» en *Saeculum* 23, Freiburg-München 1972; ZAVALA, nota 8. *La ética en la Conquista de América (1492-1573)*, Salamanca 1984, con contribuciones de diversos especialistas.

⁹⁵ ZAVALA, Silvio, *Ensayos sobre la colonización española en América*. Buenos Aires. 1944; GARCÍA-GALLO, Alfonso, «La condición jurídica del indio»; en RIVERA DORADO, Miguel (editor) *Antropología de España y América*. Madrid. 1977.

por Isabel La Católica vasallos libres de la corona⁹⁶ y, por otra, desde las Leyes de Burgos de 1512, se les asimiló a las personas menesterosas del Derecho Común⁹⁷.

Tampoco ninguna de estas cosas es obvia. De hecho, lo primero que hizo Colón fue capturar indígenas y llevarlos a España para venderlos como esclavos. Lo que hasta el siglo pasado, se practicaba con la mayor naturalidad con los negros del África. Pero los Reyes Católicos, por motivos religiosos, para facilitar la evangelización, *salus animarum suprema lex esto*, desaprobaron lo obrado por el Almirante. Más aún, a raíz de estos hechos, declararon a los indígenas vasallos libres de la corona⁹⁸. Fue, pues, una decisión real, libre y meditada, la que salvó a los indígenas americanos de la suerte de los negros africanos y de tantos otros nativos y los puso bajo la directa protección del rey. No otra cosa significa su condición de vasallos libres, esto es inmediatos del monarca.

En América, pues, la libertad de los indígenas fue la regla general. Sólo por excepción a algunos indígenas rebeldes se les impuso, como pena, la esclavitud. En cuanto vasallos, los aborígenes son iguales a los europeos. Se establece así, una radical igualdad jurídica dentro de la población indiana por encima de las enormes diferencias étnicas y culturales⁹⁹. Los indígenas no fueron, pues, vasallos de segunda categoría, de inferior condición a los españoles. Antes bien, fueron vasallos privilegiados. Como personas desvalidas tuvieron una especial protección. Además mantuvieron sus costumbres y derechos propios y se les aplicó incluso la distinción de estados castellana¹⁰⁰. De esta manera, los caciques y principales fueron asimilados a los nobles o hidalgos y el resto, al común¹⁰¹.

Pero lo anterior no habría pasado de meras declaraciones, palabras biensonantes, pero vacías, si no se hubiera atendido a dotar a los indígenas de medios prácticos para hacer efectiva su condición de vasallos libres. La cues-

⁹⁶ El texto de la real cédula no ha llegado hasta nosotros pero está recogido en forma abreviada en otra real cédula 30 octubre 1503, KONETZKE, Richard, *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica 1493-1810*, Madrid. 1953-58,1, 14. ZAVALA, Silvio, nota 82. ROMEU DE ARMAS, Antonio, «La libertad del aborígen americano» en Universidad de Valladolid, Seminario de Historia de América, *Estudios sobre política indigenista española en América*, Valladolid 1975, 1. MORALES PADRÓN, Francisco, *Teoría y Leyes de la conquista*, Madrid 1979. ICAZA DUFOUR, Francisco «De la libertad y capacidad del indígena» en *Revista de Investigaciones Jurídicas* 17, Mexico 1993. GONZÁLEZ MANTILLA, Gorki, «La consideración jurídica del indio como persona: el derecho romano factor de resistencia en el siglo XVI», en HAMPE, nota 85.

⁹⁷ *Ordenanzas reales para el buen tratamiento y regimiento de los indios*, 17 enero 1512, en *Anuario de Estudios Americanos* 13 (Sevilla) 1956; GONZÁLEZ OLGUÍN, Diego, *Los privilegios concedidos a los indios*. Lima, 1608.

⁹⁸ Ver nota 95. HANKE, nota 94.

⁹⁹ VIAL CORREA, Gonzalo, «Teoría y práctica de la igualdad en Indias» en *Historia* 3, Santiago 1964.

¹⁰⁰ KONETZKE, Richard, «La formación de la nobleza en Indias» en *Historia* 3, Santiago 1964.

¹⁰¹ LIRA MONTT, Luis, «La distinción de estados en Indias», en *Gacetilla del Estado de Hidalgos* 17 (Madrid) 1961; y «Bases para un estudio del fuero nobiliario en Indias», en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 89 (Santiago) 1975.

tión no era fácil porque, nunca hasta entonces los europeos se habían encontrado ante un abismo cultural como el que separaba a conquistadores de conquistados. Dentro de Europa no se conocían casos de semejante inferioridad como la del indígena, aún más culto, frente al europeo. Por tanto, tampoco había experiencia de los monstruosos abusos a que esta situación daba lugar, a causa de lo que el jurista Solórzano Pereira describe como la rendida condición de los indígenas frente a sus propios señores, que no escupían en el suelo, sino en sus manos¹⁰².

El deber del rey de proteger a los indígenas como vasallos suyos, trasladado del derecho europeo medieval al Nuevo Mundo, cobró a este lado del Atlántico una vigencia y unas proporciones insospechadas. Más aún, si se tiene en cuenta que a él se añadió el de procurar su evangelización, impuesto a los reyes por la donación pontificia de 1492. Las dos cosas son indisolubles en la práctica. Si los indios fueran maltratados rehuirían el contacto con los misioneros y mal aceptarían convertirse. Por otra parte, para los juristas tampoco era admisible que bajo príncipes cristianos su condición fuera más gravosa que la que tenían bajo sus señores paganos.

Muchos factores se conjugaron para hacer que el buen trato de los indios pasara a ser una preocupación primordial. El rey, sus agentes, los obispos, los misioneros y numerosos vecinos se dieron a la tarea, casi increíble, de hacer respetar a los indios en su dignidad de personas y de vasallos libres.

Las medidas que se tomaron en este sentido fueron mucho más lejos de cuanto hasta entonces se había visto en Europa. Allí, por lo demás, no eran tal vez necesarias, porque no había tales abusos o no eran tan frecuentes. Una vez más, se comprueba que las buenas leyes son prueba de las malas costumbres, a las que con ellas se intenta poner atajo.

ESTADO DE DERECHO MULTICULTURAL

A diferencia de lo que sucedía entonces en Europa, en el Nuevo Mundo no se echa mano sólo de medios aislados de protección. Muy pronto éstos se multiplican y entretajan hasta configurar un auténtico régimen protector. Se asimila a los indios a las *miserabiles personae* del Derecho Común, que gozan de privilegios de diverso orden¹⁰³. Un autor del siglo XVII registra cerca de ochenta, entre reales, canónicos y demás. Se instituyen diversos oficios para velar por ellos, de los cuales el más destacado es el protector de indios¹⁰⁴. En materia

¹⁰² SOLÓRZANO, *Política...*, nota 87.

¹⁰³ ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar, *Código peruano*, ed. GARCÍA-GALLO, Alfonso, «El Proyecto de Código Peruano de Gaspar de Escalona y Agüero» en *Anuario de Historia del Derecho Español* 17, Madrid 1947, ahora en sus *Estudios*, nota 8.

¹⁰⁴ BAYLE, Constantino, «El Protector de Indios» en *Anuario de Estudios Americanos* 1 (Sevilla) 1947; LOHMAN VILLÉNA, Guillermo, *El corregidor de Indias en el Perú bajo los Austrias*. Madrid. 1957.

patrimonial, sus bienes están protegidos por trámites especiales de enajenación, para evitar que los malvendan o les sean arrebatados por quienes abusan de su ignorancia y buena fe¹⁰⁵. En lo penal se castiga no sólo el homicidio, sino distintas formas de maltrato¹⁰⁶.

Pero, tal vez lo más llamativo es el régimen laboral, que contempla medidas como salario, cuyo monto se fija con intervención del protector o de la justicia, y jornada de trabajo; días festivos; posibilidad de ingreso independiente del salario, llamado *granjería*; tareas compatibles con la complejidad y capacidad, en fin, formación de un fondo para atender a enfermos y ancianos¹⁰⁷. Este régimen dejó atrás a las medidas aisladas de protección de los trabajadores de la Europa medieval en ciudades, gremios o corporaciones. Sólo vino a ser igualado en la Europa del siglo XIX, cuando en los primeros tiempos del industrialismo se deterioraron rápidamente las condiciones de vida y de trabajo. Entonces surgió por primera vez en Europa una regulación laboral semejante.

La lucha que se libra en favor de los indios en Hispanoamérica no tiene paralelo en la historia de la expansión europea. Así lo ha reconocido el estadounidense Lewis Hanke en una obra titulada precisamente *La lucha por la justicia en la conquista de América* y con él muchos otros autores¹⁰⁸.

Pero es una lucha por vía fundamentalmente casuista, contra abusos concretos. Esta lejos de pretender eliminarlos de una vez para siempre, lo que, por lo demás, habría sido imposible. Los europeos cometieron en Hispanoamérica incontables atrocidades, como, por lo demás, lo hicieron en las otras partes del planeta. Lo notable, es el empeño de monarquía por ejercer el poder estatal, del hombre sobre el hombre, para liberar a los indígenas. Principalmente a ella y a la Iglesia, el otro poder supremo, se debe que en América hispana estos atentados contra los nativos no pasaron inadvertidos. Nunca se miraron como algo natural, ciertamente lamentable, pero inevitable. Por el contrario, en ningún momento se los aceptó o toleró. En ningún momento se dejó de buscar medios, también jurídicos, para ponerles atajo o reparar los daños y, en una palabra, para proteger al indígena, en su persona y en sus bienes.

Mucho se ha hablado sobre la ineficacia de estos medios. Se dice que las leyes eran perfectas, pero no se cumplían. Sin duda, en el derecho indiano, como en todo derecho, hubo un margen de incumplimiento. Pero la infracción no fue la regla. Antes bien, sobran los ejemplos de que el empeño de la Iglesia

¹⁰⁵ SILVA VARGAS, Fernando, *Tierras y Pueblos de Indios en el Reino de Chile. Esquema histórico-jurídico*. Santiago, 1962; MARILUZ URQUIJO, José María, «El régimen de la tierra en el derecho indiano» en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 23 (Buenos Aires) 1972, 2.ª ed. aumentada. Buenos Aires. 1978.

¹⁰⁶ ÁVILA MARTEL, Alamiro, *Esquema del derecho penal indiano*. Santiago. 1941.

¹⁰⁷ SALVAT MONGUILLOT, Manuel, «El derecho indiano del trabajo», en *Homenaje a Don Francisco Walker Linares*. Santiago. 1968; ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. «El trabajo en el período hispánico» en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 19, Buenos Aires 1968. Sobre Chile, JARA, Álvaro, *Los asientos de trabajo y la provisión de mano de obra para los no encomenderos en la ciudad de Santiago 1586-1600*, Santiago 1959. El mismo. *El salario de los indios y los sesmos de oro en la tasa de Santillán*, Santiago 1961.

¹⁰⁸ Ver nota 94.

y de la Monarquía, de tantos letrados y personas honradas por proteger a los indígenas, no fue vano. Por lo demás, Hispanoamérica parece ser la única parte del mundo donde los pueblos nativos sobrevivieron masivamente en contacto con los europeos. Por eso, es también la única parte del mundo donde unos y otros se fundieron por el mestizaje, hasta dar vida a una cultura común en la que lo indígena y lo europeo se hermanan.

ORGANIZACIÓN POLÍTICO-ECLESIASTICA DE LA AMÉRICA INDIANA

Nota distintiva del Estado indiano es la juridicidad, entendida como sujeción y gobernantes y gobernados a un derecho que es supraestatal. Así lo muestra, entre otras cosas, la propia constitución de las Indias que se forja a partir del *ius commune*. Su piedra angular es el dualismo *iurisdictio y territorium*.

Conforme a una sentencia que, al parecer, se remonta a Pilio de Medicina (1169c.1209), los límites de la jurisdicción son los del territorio y viceversa¹⁰⁹. Sobre estos dos polos correlativos se articularon las Indias en los mismos tres niveles jurisdiccionales que se conocían en Europa: local, territorial y universal. En el plano local, la ciudad o república, consta de cabildo o cabeza jurisdiccional y de términos. En el plano político, el reino se constituye sobre la doble base jurisdiccional y territorial. Similarmente, en el plano espiritual, Iglesia, se asienta bajo la jurisdicción universal del Papa y territorial de los obispos¹¹⁰.

Pero en Indias las cosas fueron más fáciles que en Europa. A diferencia de lo que ocurría allí, en el Nuevo Mundo no se tropezó con jurisdicciones concurrentes, como los señoríos de vasallos, ni con ningún tribunal más alto superpuesto a las audiencias. En estas condiciones, la jurisdicción real pudo asentar su supremacía sin obstáculo. La conquista había dado origen tan sólo a provincias y gobernaciones, en cierto modo similares a las colonias o establecimientos dependientes de una metrópoli. Pero sólo bajo una jurisdicción suprema, estas provincias o gobernaciones podían constituir un todo por sí mismo, separado e independiente, con territorio, capital y gobierno propio. Eso fue lo que significó la institución de Audiencias o *Relaçao* en el Nuevo mundo y eso es lo que oficialmente declaran las cédulas de erección respectivas, que hablan siem-

¹⁰⁹ BELLONI, Annalisa, «Collezione delle «Questiones» di Pilio da Medicina» en *Ius Commune* 9, Francfort a.M. 1980. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Historia del Derecho Indiano*, vol I, *Ius Commune-Ius Propium en las Indias occidentales*, (único aparecido), Roma 2000.

¹¹⁰ BRAVO LIRA, Bernardino, «*Iurisdictio et territorium*, forma y sentido de la constitución estatal de América», ahora en el mismo *El juez entre el derecho y la ley*, nota 75. Para la Iglesia El mismo, nota 83. SOLÓRZANO, Política... nota 87. SÁNCHEZ-BELLA, Ismael, *Iglesia y Estado en la América española*, Pamplona 1990. DE LA HERA, Alberto de la: «El gobierno de la Iglesia en Indias»; en SÁNCHEZ BELLA, Ismael, DE LA HERA, Alberto y DÍAZ REMENTERÍA, Carlos: *Historia del Derecho Indiano*, Madrid 1992. El mismo, *Iglesia y Corona en la América Española*. Madrid 1992.

pre de provincias, sean las de los reinos de México, del Perú o de Chile¹¹¹ En palabras de Baldo, por la jurisdicción suprema se constituye al territorio en un todo cerrado y amurallado, *armatum et munitum iurisdictione*¹¹².

No se entiende bien esto cuando se contraponen los Estados desunidos de la América hispánica a los Estados unidos de la América inglesa. Ciertamente es un juego de palabras. Pero la América indiana no puede estar desunida, porque nunca constituyó un reino único, con una sola capital y un solo gobierno, de los cuales dependieran las poblaciones y territorios conquistados. Esto vale para el presente y para el pasado, de suerte que mal puede hablarse desunión. Salvo unos cortos años, antes de se instituyeran otras Audiencias, todas las Indias formaron una unidad bajo la jurisdicción de la Audiencia erigida en Santo Domingo en 1511.

No podía ser de otro modo. No sólo por su extensión y variedad sino por su pertenencia a una monarquía múltiple, con un rey ausente, que debía hacerse presente mediante las Audiencias en sus distintos reinos. Así pues a partir de 1527 se instituyen unas tras otras nuevas Audiencias, cuya pluralidad se mantiene hasta hoy en los actuales Estados de Hispanoamérica. El distrito de estas Audiencias se desgajó del de la de Santo Domingo, de suerte que cada una abrazó una parte de las Indias. En todo caso, ninguna porción de las Indias dejó de hallarse bajo la jurisdicción de una Audiencia. De esta forma se configuró el mapa político de la América indiana, compuesto de tantos Estados, territorial e institucionalmente diferentes entre sí, como distritos de Audiencia, constituidos bajo su jurisdicción y representación del rey.

En cuanto a la Iglesia, se reproduce la misma variedad. La erección de diócesis y su provisión se hace, conforme al real Patronato, por el Sumo pontífice, previa presentación de candidatos idóneos por el rey. Al respecto podía

¹¹¹ Textos de las ordenanzas en SÁNCHEZ ARCILLA, Bernal José *Las Ordenanzas de las audiencias de Indias (1511-1821)*, Madrid 1992. Hay una rica bibliografía, SUÁREZ, Santiago-Gerardo, *Las Reales Audiencias Indianas, fuentes y bibliografía*, Caracas 1989. Alfonso, «Las Audiencias de indias» en II Congreso Venezolano de historia, *Memoria*, Caracas 1975, ahora en el mismo. *Orígenes*. nota 8. SÁNCHEZ-BELLA, Ismael, «Las audiencias y el gobierno de las Indias, Siglos XVI y XVII» en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 2 Valparaíso 1977. POLANCO ALCÁNTARA, Tomás, *Las reales audiencias en las provincias americanas de España*, Madrid, 1992. SÁNCHEZ-ARCILLA. DOUGNAC, Antonio, «Las audiencias indianas y su trasplante desde la metrópoli» en BARRIOS (ed.) nota 84. GARRIGA, Carlos «Audiencia: Justicia y gobierno en Indias.» Ibid. El mismo, «Patrias criollas, plazas militares: sobre la América de Carlos IV» en MARTIRÉ, Eduardo, (ed.), *La América de Carlos IV* 1, Buenos Aires 2006. WEHLING, Arno, y WHELING, María José, *Administração portuguesa no Brasil de Pombal a D. João, 1777-1808*, Brasília, 1986. Los mismos, «Audiencias e Relações» en *Revista Ciências Humanas* 19, Río de Janeiro, 1996. Los mismos *Direito e Justiça no Brasil colonial: O Tribunal da Relação do Rio do Janeiro (1751-1808)* Rio de Janeiro-San Pablo-Recife, 2004. Barrientos, *El gobierno...* nota 85.

¹¹² UBALDIS, Baldo de, *Opus aureum utriusque iuris luminis domini Baldi de Perusia super feudis...*, Lyon, 1502, II, 54 *De pace iuramento* ...fol. 76 vta. HAMEL, Walter, *Das Wesen des Staatgebietes*, Berlín 1933. COSTA, Pietro, *Iurisdicchio. Semántica del potere politico medievale (1100-1433)*. Milán, 1964. CALASSO, «Iurisdicchio nell diritto comune», en *Annali di storia del diritto italiano*, 1965. SCHWARZENBERG, Claudio. «Iurisdicchio». Artículo en *Enciclopedia Italiana*. 1958-1990, 200-215, con bibliografía. VALLEJO, Jesús, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, 1992. BARRIENTOS, nota 85.

decir Gil González Dávila a mediados del siglo XVII a Felipe IV: «Para el mejor gobierno y aumento de la fe católica, Vuestra Majestad y sus gloriosos progenitores, han fundado en aquel orbe, un patriarcado, seis arzobispados, treinta y dos obispados, trecenas cuarenta y seis prebendas, dos abadías, cinco capellanías reales, premio de la virtud, letras y mérito.» A ellos se agregan parroquias y doctrinas, conventos, universidades, así como colegios y estudios para los naturales¹¹³.

DUALIDAD DE PODERES SUPREMOS Y ESTADO DE DERECHO

El Estado de derecho en Indias es inseparable del *utrumque ius*. Tanto la pluralidad de poderes como la preeminencia real sobre los de orden temporal, suponen un derecho al que todos ellos están sometidos, según la clásica definición de Estado de derecho, como aquel en el cual, gobernantes y gobernados están sujetos a un mismo derecho, anterior y superior a ellos¹¹⁴. Sin estar sujetos a él todos los poderes, sería imposible que cada uno tuviera una competencia propia, como la que encontramos en el Estado jurisdiccional.

Con el contrapunto entre los dos poderes supremos, el del rey en su o sus territorios y el del Papa en el ámbito universal, el *utrumque ius* colocó a los juristas en condiciones de poner al derecho por encima del poder. Su formación en el estudio de ambos derechos, canónico y romano¹¹⁵ en las universidades europeas e indianas, los convirtió en guardianes natos del Estado de derecho. Después de todo, a quién si no a ellos correspondió delimitar ambas esferas y, según eso, dictaminar cuando hay uso o abuso de poder, es decir, teocracia o despotismo. De esta suerte, hacen valer la primacía del derecho sobre el poder nada menos que frente a los más altos poderes de la tierra¹¹⁶.

¹¹³ GONZÁLEZ DÁVILA, Gil, Teatro eclesiástico de la primitiva iglesia de las Indias Occidentales, 2 vols., Madrid 1649-1655, Dedicatoria. BRAVO LIRA, nota 83.

¹¹⁴ DICEY, nota 1.

¹¹⁵ GONZÁLEZ ECHENIQUE, Javier, *Los estudios jurídicos y la abogacía en el reino de Chile*, Santiago 1954. REALE, Miguel, «Faculdades de direito na história do Brasil» en *Revista da Faculdade de Direito* 51 Sao Paulo 1961. STEGER, Hanns-Albert, *Die Universitäten in der gesellschaftlichen Entwicklung Lateinamerikas*, Bielefeld 1967-1968. El mismo, «Hochschulplanung in Lateinamerika» en *Zeitschrift für Lateinamerika-Wien*, Wien 1971. El mismo: «Die Bedeutung des römischen Rechtes für die Lateinamerikanische Universität im 19. und 20. Jahrhundert»; en CATALANO, Pierangelo (ed.), *Diritto romano e Università nell'America Latina*, Università di Sassari, Sassari 1973. VENANCIO, Filho, *A Das Arcadas ao bacharelismo*. 150 anos do ensino jurídico no Brasil, Sao Paulo 1982. BRAVO LIRA, Bernardino, «Universidad y Modernidad en Hispanoamérica. Autoafirmación de Chile y del Nuevo Mundo frente al Viejo, del Barroco a la Postmodernidad», en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 108-109, Santiago, 2000. El mismo: «Cultura de abogados en Hispanoamérica, antes y después de la codificación (1750-1920)» en *Roma e America. Diritto romano comune* 12, Modena 2001.

¹¹⁶ BERMAN, nota 49. BELLOMO, nota 49. HATTENHAUER, Hans, *Europäische Rechtsgeschichte*, Heidelberg 1992. BRAVO LIRA, Bernardino, «*Utrumque ius*» en la Universidad de Chile 1758-1912. El derecho por encima del poder», in *Revista Chilena de Historia del Derecho* 18, Santiago 1999-2000.

Estado e Iglesia son poderes supremos, en cuanto no reconocen superior en su orden, pero no por eso, dejan de ser limitados. Tanto el pontífice como el príncipe están circunscritos a una órbita jurisdiccional. Queda excluida así, de un lado la teocracia y del otro, el despotismo. Lo cual engendra una desconfianza instintiva frente a una y otra, con consecuencias inmediatas y decisivas para el hombre común, sin importar su condición. Nadie está sometido a un único poder, que disponga totalmente de él. En expresión de Santo Tomás *homo non ordinatur ad communitatem civilem, secundum se totum et tota sua*¹¹⁷.

Aquí radica, en última instancia, según recordara no hace mucho Hattenauer, la distinción entre el derecho europeo frente al musulmán y otros asiáticos¹¹⁸. Lo propiamente europeo e indiano es separar dos áreas de gobierno –temporal y espiritual– En lugar de acumularlas en una sola mano, como el califa o el monarca oriental, se radican en dos instancias distintas, representadas, en último término, la una por el pontífice y la otra por el rey o emperador.

Además, puesto que todos los poderes, aun los supremos, son limitados, el *utrumque ius* y sus representantes, los juristas, a quienes compete señalar los límites de cada uno, tienen una clara prioridad sobre ellos. Al respecto, nada más elocuente que el régimen de los oficios públicos. Es fundamentalmente el mismo en el ámbito eclesiástico, real o concejil. En otras palabras es supraestatal. Conforme a él, la competencia de los oficiales es genérica., Salvo que se la limite, se extiende a todos los casos y cosas que se presenten, sin que se la encierre en catálogos de atribuciones, como en el derecho administrativo del siglo XIX. Lo cual vale igualmente en Europa y en Indias, para un oidor, un obispo, un gobernador o corregidor o un regidor. Se comprende bien hasta que punto el Papa, el rey y los otros señores y ciudades se hallan condicionados dentro de esta red permanente de oficios a través de los cuales ejercen su poder.

PODERES SUPREMOS Y MENORES

Nada es más propio del Estado jurisdiccional que la de una pluralidad de poderes. Los encontramos en la América indiana del mismo modo que en Europa. Pero la constitución territorial indiana está fundada, desde su origen, sobre una bien asentada preeminencia real frente a los poderes menores. Como lo indica la palabra, preeminencia es todo menos poder único sobre toda la población y sobre todo el territorio, a la manera del Estado constitucional del siglo XIX. Por el contrario, la constitución indiana comprende una serie de focos o centros de poder con jurisdicción propia. El poder territorial del rey no es sino uno más, en medio de ellos. Los otros que también tienen jurisdicción propia dentro del territorio y de la población, no derivan ni dependen de él. Sólo están sujetos a su acción moderadora, que consiste en excitarlos a cumplir

¹¹⁷ AQUINATIS, Thomas, *Summa Theologiae*. 1-2ª, 21, art. 4, 3.

¹¹⁸ HATTENHAUER, nota 116.

su propia función o refrenarlos ese caso de exceso. Respecto a la Iglesia el monarca ejerce, el patronato dentro de cada reino, cuyo alcance en Indias es amplísimo.

Entre esos poderes menores, están el local de las ciudades o repúblicas o el gremial de las corporaciones. Cada uno cuenta con sus propios oficiales, perfectamente diferenciados entre sí, al igual que la gama de oficiales reales y eclesiásticos¹¹⁹.

Expresión institucional de esta multiplicidad de poderes, son los dos grandes focos o círculos jurisdiccionales que se perfilan originalmente en estos reinos nuevos: local y territorial, representados por el municipio y monarquía, es decir, la ciudad en Indias y la corona en la corte. Al respecto no deja de tener fundamento la paradójica afirmación de que en el hecho el rey, en lugar de estar en Europa, en Castilla o en la corte, estaba realmente en América, en cada ciudad y concretamente, en cada cabildo indiano. Así lo hace pensar, por ejemplo, el *se obedece pero no se cumple* y la facultad de suspender en Indias el cumplimiento de las leyes reales¹²⁰.

JUSTICIA Y GOBIERNO

Los pilares del Estado jurisdiccional indiano son la dualidad de poderes supremos y la separación entre judicatura y gobierno que se marca más tempranamente que en Europa. No tiene nada de extraño. En estos reinos nuevos, gobernar no pudo consistir tan sólo en regir con justicia reinos y Estados ya constituidos. El radio de acción del gobierno fue necesariamente más amplio del que se conocía entonces en Europa. Era preciso encauzar su constitución, a partir de lo que algunos juristas llamaron las dos repúblicas, una minoritaria de origen europeo y otra inmensamente mayoritaria integrada por pueblos aborígenes, a los que el rey debía protección.

Ya nos hemos referido a los fines del Estado jurisdiccional y misional y al vasallaje directo de todos los habitantes del rey. Esto confirmó a la justicia y policía una amplitud desconocida en Europa, hasta el punto de convertirse en ramos separados. Reflejo de eso es el asombro del jurista y oidor de Quito, Rodrigo de Aguiar al comprobar que, si en Castilla «todo es judicial», en Indias «todo es político y de gobierno»¹²¹.

¹¹⁹ Para la Iglesia, SOLÓRZANO, *Política...* nota 87. SÁNCHEZ-BELLA, nota 110. DE LA HERA, nota 110. Para la ciudad, MATIENZO, Juan de, *Commentaria Ioannis Matienzo Regii Senatoris in Cancellaria Argentina Regni Peru, in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, cum privilegio Mantuae Carpetanae, excudebat Petrus Madrigal, Madrid, 1591. Solórzano ut supra. ALEMPARTE ROBLES, Julio, *El cabildo en Chile colonial, orígenes municipales de las naciones hispanoamericanas*, Santiago, 1940. ROMERO, José Luis, *Latinoamérica, las ciudades y las ideas*, Buenos Aires. 1876. SALVAT, nota 85.

¹²⁰ TAU ANZOÁTEGUI, nota 77.

¹²¹ AGUIAR Y ACUÑA, Rodrigo de, *Sumarios de la recopilación general de las leyes, ordenanzas, provisiones, cédulas, instrucciones y cartas que acordadas por los Reyes Católicos de Castilla se han promulgado, expedido y despachado para las Indias occidentales, Islas y Tierra Firme del Mar Océánico*, Madrid 1628, reimpresso México 1667.

De hecho, ya desde el siglo XVI, mucho antes que los Estados europeos, la constitución de los reinos indianos distingue cuatro ramos o rubros distintos en materia temporal: justicia, gobierno, guerra y hacienda. Cada uno tiene su propia configuración institucional. Al frente suyo está, respectivamente, una audiencia real, un gobernador, un capitán general y una caja real. Los oficios de gobernador y capitán general se acumulan en una misma persona –la cual en algunos casos es, además, presidente y también virrey.

Esto es propio de la constitución indiana. En Europa persiste largamente una división tripartita, descrita para Francia a principios del siglo XVI por De Seyssel, *justice-guerre-finance*¹²². Todavía a fines del siglo XVIII, habla José II de Austria de *état de justice, état de guerre y état de finance*¹²³.

AUDIENCIA Y ESTADO DE DERECHO

La audiencia indiana tiene fisonomía propia. Se aparta de su modelo castellano, de las Chancillerías de Valladolid y Granada. Al igual que ellas es supremo tribunal en su distrito, lo que en este caso reviste una dimensión fundacional. Como tal constituye el nuevo espacio político, distinto de los prehispánicos. Lo cual da la razón a los autores que, como Ruiz Guiñazú y Muñoz Feliú entrevistieron en el distrito de la audiencia el núcleo «del que surgió más tarde un país independiente, cuyos límites territoriales son mas o menos los mismos de la audiencia». El estudio de las cuestiones de límites entre las repúblicas sudamericanas –observaba ya en 1916 Ruiz Guiñazú– acusa en cada caso a la audiencia rigiendo la formación de la nacionalidad. La cual no es producto espontáneo de un movimiento militar o de una declaración de independencia, dada por patriotas reunidos en congreso». Al respecto invoca el ejemplo de la audiencia de Quito, «que desempeñó una función esencial en la constitución de un pueblo, precisamente por ser uno de los núcleos expansivos de la acción española en América, alrededor de los cuales se formaron y condensaron los gérmenes de las futuras nacionalidades hispanoamericanas...». Y añade «igual reflexión corresponde a las audiencias de Charcas, Lima, Méjico, etc.»¹²⁴.

Las audiencias indianas en cuerpo representaban a la real persona, recibían el apelativo de real, tenían el tratamiento de alteza, reservado al monarca, y utilizaban dosel para sus actuaciones oficiales. Además, eran depositarias del sello real, símbolo máximo de la realeza en Castilla, cuya entrada en la ciudad se hacía con la misma solemnidad de la del rey en persona¹²⁵.

¹²² DE SEYSEL, Claude, *La grand monarchie de France*, París 1519, cito ed. 1541. HENSHALL, Nicholas, *The Myth of Absolutism*, Londres 1992.

¹²³ Joseph II, *Denkschrift über den Zustand der österreichische Monarchie*, en ARNETH, Alfred Ritter von, *Maria Theresia und Joseph II. Ihr Briefwechsel*, Viena 1867.

¹²⁴ RUIZ GUIÑAZÚ, Enrique, *La magistratura indiana*, Buenos Aires 1916. 27, 154. MUÑOZ FELIÚ, Raúl, *La Real Audiencia de Chile*, Santiago 1937, 45.

¹²⁵ SCHRAMM, Percy, *Herrschaftszeichen und Staatsymbolik* 4 vols. Stuttgart 1954 hay versión castellana del capítulo dedicado a España: *Las insignias de la realeza en la edad media*

Lejos de menoscabar esta primacía de la Audiencia dentro del Estado, la separación entre judicatura y gobierno, la realzó, según hizo ver Villapalos en un magistral estudio sobre los recursos contra actos de gobierno en Indias. Gracias a ella las audiencias indianas asumieron frente a los gobernantes un papel que no tenían ni las de Castilla ni otros altos tribunales de en Europa¹²⁶. Debido a la lejanía del monarca, se extendió su competencia más allá de lo civil y criminal. Por una doble vía abarcó asuntos de gobierno: una judicial de apelación contra actos de gobierno y otra consultiva, en materias graves e importantes en las que el gobernador o virrey estaba obligado a pedir su dictamen. Además resolvían por vía de merced las suplicaciones dirigidas al rey¹²⁷.

En todo caso, la audiencia tuvo una clara superioridad institucional frente a los oficiales de los otros ramos, no sólo de gobierno, sino de guerra y hacienda. Por ser un cuerpo permanente, subsiste incluso con uno solo de sus miembros. Los otros, en cambio, son todos temporales transitorios desde el gobernador-capitán general hasta los corregidores y los oficiales de las reales cajas de hacienda. Sus oficios no son perpetuos. Mientras ellos pasan, la Audiencia permanece, lo que la identifica con el reino, sus costumbres y su derecho y la convierte en garante del orden instituido y depositaria de la experiencia política del mismo.

En suma, la audiencia indiana aparece como pilar y fundamento del Estado jurisdiccional. No sólo constituye bajo su jurisdicción el territorio, sino que vela permanentemente por el buen gobierno, sinónimo de derecho y justicia, que es el fin del Estado. «Castillos roqueros» de estos reinos, las llama de Solórzano, esto es, garantes de su derecho y de su constitución, en una palabra del Estado de derecho¹²⁸.

VIRREY Y GOBIERNO TERRITORIAL

Con el virrey o el presidente-gobernador se completa la constitución india que combina una doble representación del rey ausente Posterior a las audiencias, el virrey también la tiene y en persona, como *alter ego*, no simplemente en cuerpo como el supremo tribunal.

El virreinato de México se erigió en 1534 y el de Perú en 1542¹²⁹. Solórzano califica al virrey de «gobernador de mayor porte», con lo que apunta al

española, trad. y prólogo VÁSQUEZ DE PARGA, Luis. Madrid 1960. Sobre la entrada del sello real en América, BAYLE, Constantino, *Los Cabildos seculares en América*, Madrid 1952. GARRIGA, *La audiencia...* nota 110.

¹²⁶ VILLAPALOS, Gustavo, «Los recursos en materia administrativa en Indias en los siglos XVI y XVII. Notas para su estudio» en *Anuario de Historia del Derecho Español* 46, 1976.

¹²⁷ Id. García-Gallo, nota 111. VILLAPALOS, nota 126. DOUGNAC, nota 111. GARRIGA, id.

¹²⁸ SOLÓRZANO, nota 87, 5,3,7. 5,3,7.

¹²⁹ Acerca de los virreinos hay una rica bibliografía, aunque dispersa. RUBIO MAÑÉ, José Ignacio. *Introducción al estudio de los virreyes de Nueva España*, 4 vols. México 1955-1963. LOHMAN VILLENA, Guillermo. Las relaciones de los virreyes del Perú, en *Anuario de Estudios Americanos* 16, Sevilla, 1959. LEVILLIER, Roberto: Don Francisco de Toledo, organizador del

carácter político y militar del oficio¹³⁰. Originalmente su razón de ser fue enfrentar una situación difícil de rebelión y desórdenes en dichos países. Pero, según señala el mismo autor, su introducción obedeció, en último término, a las mismas razones de buen gobierno que antes habían llevado a establecer las Audiencias. Se trató de asentar estos reinos nuevos, de los cuales el rey se hallaba tan distante.

La institución virreinal es de origen europeo, pero casi desconocida en la Corona de Castilla y León, cuyos reinos y señoríos eran regidos en forma marcadamente unitaria por unas mismas instituciones judiciales y gubernativas. Sin entrar en el problema de la génesis del virreinato indiano, no puede dejar de tenerse en cuenta que a la hora de enfrentar las cuestiones prácticas, relativas a su potestad y dignidad, se acude a autores europeos de diversa procedencia, en particular a napolitanos como García de Mastrillo, Juan Francisco de Ponte y Juan María Novario¹³¹.

El virrey es el alter ego del monarca, «el rey vivo en carnes», llegó a decir el marqués de Cañete¹³². Debía usar el guión con las armas reales, no con las suyas; tenía guardia propia y hacía su entrada solemne bajo palio, recibía el tratamiento de excelencia, que todavía mantienen los jefes de Estado en Hispanoamérica. En su persona reunía los oficios de Presidente de la Audiencia, título que también ha sobrevivido, gobernador, capitán general y vicepatrono de la Iglesia¹³³.

Sus poderes eran amplísimos. Al decir de los juristas «tiene el mismo poder, mano y jurisdicción que el rey que lo nombra»¹³⁴. Pero se entiende que ese poder está doblemente circunscrito, en el plano territorial y en el temporal. Al término de su desempeño debía someterse al juicio de residencia. Privativo suyo era el mando político y militar de la provincia donde residía y el superior gobierno de otras. Como vicepatrono de la Iglesia ejercía los poderes del rey en materia eclesiástica. Además, tenía una cierta supervisión de la real hacienda¹³⁵. A menos que fuera letrado, no intervenía en los fallos de la Audiencia.

Perú, 3 vols. Madrid-Buenos Aires, 1936-1942. RUIZ MEDRANO, Ethelia, *Gobierno y Sociedad en Nueva España: Segunda Audiencia y Antonio de Mendoza*, Michoacán, 1991. Últimamente, LATASA VASALLO, Pilar: *Administración virreinal en el Perú: Gobierno del Marqués de Montecclaros (1607-1615)*, Madrid 1997. BELENGUER, Ernest, «De virreinos indios a virreinos mediterráneos. Una comparación contrastada», en BARRIOS, nota 84. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, «El virreinato de la nueva España» id. LIRA, Andrés «La actividad jurisdiccional del Virrey y el carácter judicial del gobierno novo hispano en su fase formativa» ibid. BARRIENTOS, *El gobierno...* nota 84.

¹³⁰ SOLÓRZANO, nota 87, 12, 1.

¹³¹ MASTRILLO, García de, *De magistratibus, eorum imperio et iurisdictione*, Palermo 1616. PONTE, Juan Francisco de, *De potestate proregis...* Nápoles 1622. Cfr. SOLÓRZANO, *Política...* 87, 5, 12, 7 y 5, 13, 3. BELENGUER, nota 129. BARRIENTOS, *El gobierno...* nota 85.

¹³² SÁNCHEZ BELLA, Ismael, «Administración territorial»; en SÁNCHEZ BELLA y otros nota 110.

¹³³ DOUGNAC, Antonio. *Manual de Historia del derecho indiano*, México, 1994.

¹³⁴ SOLÓRZANO, *Política...*, nota 87, 5, 13, 30, DOUGNAC, nota 133.

¹³⁵ SÁNCHEZ-BELLA, Ismael. *La organización financiera de las Indias (siglo XVI)*, Sevilla 1968.

A la vista de las prohibiciones que le afectaban, parece que su potestad era reglada, esto es, sujeta a derecho y no absoluta¹³⁶. Ese es, el sentir de Solórzano y de una serie de autores que cita: «en nada pueden ni deben proceder de potestad absoluta, como algunos con imprudencia se lo persuaden, sino con la regulada al derecho y a los poderes generales y órdenes e instrucciones particulares o secretas, como latamente se lo dicen y amonestan Lucas de Pena, Marquisano, Pedro Gregorio, Ponte, Cancerio, Bobadilla y Cerdán Tallada y muchos otros que refieren y siguen Mastrillo y Berarto»¹³⁷.

Se comprende así, que debiera ajustarse al derecho vigente, sin que pudiera introducir excepciones, como conceder el título de la ciudad, legitimar espurios, otorgar hidalguías, dar venia de edad o carta de naturaleza¹³⁸. En cuanto reglados, sus actos no escaparon a la jurisdicción de la audiencia, a quien correspondía velar por el derecho.

Los primeros virreyes fueron más que gobernadores de mayor porte. Un Antonio de Mendoza en México o un Francisco de Toledo en Perú, pueden calificarse de verdaderos fundadores, pues dieron cima a la obra de los conquistadores. Entre sus sucesores hubo figuras de la talla de Luis de Velasco, padre e hijo, el Marqués de Cañete y el de Montesclaros¹³⁹.

RÉGIMEN VIRREINAL

La clave de la constitución indiana es el contrapunto audiencia y virrey. Ambos se complementan. Así lo entendieron, por lo demás, los hombres de la época. Son dos vertientes de la visión judicial el gobierno y del Estado. Ya en las Partidas se habla de una justicia que hacen los grandes señores con su poderío y de otra que se hace por seso y sabiduría. De este modo pudo decir Solórzano que, si la audiencia supremo tribunal en su distrito, representa a la real persona para lo tocante a la justicia conmutativa, el virrey, «gobernador de más

¹³⁶ Sobre la distinción entre potestas absoluta y ordinata. PEDROSO, M. Sobre la relación entre derecho y Estado y la idea de soberanía, México 1950. POST, Gaines: «Plena potestas and consent in Medieval Assamblies» en *Studies in Ancient and Medieval History, Thought and Religion*, 1943. MARRONE, John: «The absolute and the ordinarie powers of the Pope and unedited text of Henry of Ghend» en *Medieval Studies* 361, Toronto 1974. BANNASH, Klaus: «Die Lehre der doppelten Macht Gottes bei Wilhelm von Ockam» Wiesbaden 1975. DE DIOS, Salustiano, *Gracia, merced y patronazgo Real, la Cámara de Castilla entre 1478 y 1530*. Madrid, 1993. La distinción pasa del campo teológico al jurídico, cuando se aplica al gobernante humano. Cfr. EGIDIO ROMANO, Baldo, BARTOLO, Jasón del Maino. En Castilla, PALACIOS RUBIOS, Juan L. *Glossemata legum Tauri*, Salamanca 1542. DÍAZ DE MONTALVO, Alfonso: Glosa al Fuero Real, esp. voces *generosus donati, donare seu mercedes facere, rescriptum rex*. Glosa a Partidas 1,2 Potestad ordinaria es de derecho y absoluta de hecho. BELLUGA, Petrus: *Speculum principum*, Amberes 1655. 23, 1. De effectibus imperii et iurisdictionis; MATIENZO, nota 112 prefirió hablar de potestas extraordinaria, en lugar de absoluta. Debo la referencia al profesor Javier Barrientos.

¹³⁷ SOLÓRZANO, *Política...*, nota 87, 1, 5, 13, 30.

¹³⁸ DOUGNAC, nota 131.

¹³⁹ Ver nota 128.

alto porte» con mando político y militar la representa en lo tocante a la justicia distributiva.

Este modo de aplicar la distinción entre dos formas de justicia, podrá ser discutible, pero no por eso deja de reflejar fielmente la concepción del buen gobierno, propia del Estado judicial indiano, así como su separación entre justicia y policía. A la naturaleza del Estado jurisdiccional corresponde el gobierno por consejo. Tanto el rey, cabeza de la monarquía, como los virreyes y presidentes, en cada reino indiano, gobiernan con consulta del parecer de personas entendidas. De ahí que, según la ordenanza de la Audiencia, el virrey o presidente deba consultar a los oidores, para mejor acertar en las cosas graves e importantes de gobierno, que son privativas suyas¹⁴⁰. No está obligado a según su dictamen, pero sí a proceder con el parecer de los letrados más calificados del reino.

El binomio virrey-audiencia permite institucionalizar al otro lado del Atlántico el gobierno por consejo. El virrey o presidente a cargo del mando político y militar, tiene junto a sí a un cuerpo permanente de letrados, con cuyo parecer debe obrar en las cosas graves e importantes de gobierno, al cual podían apelar los afectados por sus actos de gobierno.

Este régimen virreinal no quedó circunscrito a México y Perú. Se generalizó en la América indiana. Solórzano explica que los virreyes se instituyeron originalmente en esos reinos principales¹⁴¹. Historiadores como Muro Orejón y García-Gallo coinciden en opinar que se erigieron allí por considerarse que eran reinos¹⁴². De hecho, alegorías de ambos aparecen en la portada de obras como las Confirmaciones Reales de León Pinelo¹⁴³ y los dos figuran como tales en el Salón de los reinos del Palacio del Buen Retiro¹⁴⁴.

Sea de ello lo que fuere, el hecho es que el régimen virreinal no tardó en extenderse a otras regiones donde había audiencia. El presidente-gobernador fue equiparado al virrey, salvo en cuanto a la calidad de representante de la real persona. Tal fue el caso de Guatemala, Filipinas, Brasil, Nueva Granada, Chile y Buenos Aires. La lista de estos presidentes es muy larga e impresionante. Desgraciadamente, no podemos examinarla¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Ver nota 110.

¹⁴¹ SOLÓRZANO, *Política...*, nota 87, 5, 12, 22.

¹⁴² ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, «El sistema político indiano» en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 6, Buenos Aires 1954. El mismo «La condición política de las Indias» (1972), ahora en sus *Estudios de Derecho Indiano*, 3 vols. Buenos Aires 1988-92, 1. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. «Las Indias, ¿provincias, reinos o colonias?», en *Revista de Historia del Derecho* 28, Buenos Aires 2000. MURO OREJÓN, Antonio, «El problema de los reinos indianos» en *Anuario de Estudios Americanos* 28, Sevilla 1971. BRAVO LIRA, Bernardino, «El concepto de Estado en los reinos de Indias durante los siglos XVI y XVII» en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 11, 1986. GARCÍA-GALLO Alfonso: «Evolución de la organización territorial de las Indias, de 1492 a 1824» en *Anuario Jurídico Ecuatoriano* V, Quito, 1980, ahora en él mismo. *Los orígenes españoles de las instituciones Indianas*, Madrid 1987, 838 y ss.

¹⁴³ LEÓN PINELO, Antonio, *Tratado de las confirmaciones reales de encomiendas, oficios y casos que se requieren para las Indias occidentales*, Madrid 1630.

¹⁴⁴ BROWN, Jonathan y ELLIOT, John Huxtable, *A palace for a King, The Buen Retiro and the Court of Phillip IV*, Yale 1980, trad. castellana Madrid 1981.

¹⁴⁵ MURO ROMERO, Fernando, *Las presidencias-gobernaciones en Indias*. Sevilla 1979.

Distinta es la situación de los presidentes de la Audiencia del Reino de Nueva Galicia, cuyo superior gobierno correspondió al virrey de Nueva España¹⁴⁶ y de las Audiencias de Quito y Charcas, donde el superior gobierno se confió al virrey del Perú¹⁴⁷. Estas diferencias no tienen nada de extraño, pues no se procede con un cartabón, sino de manera casuista. Basta ver la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias y el proceso recopilador para comprobarlo¹⁴⁸. Analogías no faltan. Estos casos recuerdan la situación del margraviato de Moravia en la corona de Bohemia o de Transilvania, en la de Hungría¹⁴⁹.

Naturalmente el contrapunto judicatura-gobierno no permaneció estático. Pasó por altibajos. Garante del derecho en su distrito, la Real Audiencia protege a los vasallos frente al poder y a los poderosos. El gobierno, en cambio, está radicado privativamente en el virrey o presidente, que tiene también el mando militar. El juego entre ambos se perfecciona poco a poco hasta llegar a su apogeo en el Estado modernizador de la segunda mitad del siglo XVIII. Un índice de ello, es la eficacia de las apelaciones a la audiencia contra actos de gobierno. Estudios de Sánchez Bella, muestran que en los dos virreinos antiguos, fue difícil conseguirla. Hasta el siglo XVIII se consideraba un desaire recurrir contra el virrey. Por lo que sabemos de las presidencias-gobernaciones, al parecer allí, en cambio, resultó más fácil a la audiencia imponerse¹⁵⁰.

DEL ESTADO TERRITORIAL A LA CONCIENCIA PATRIA

Como sabemos, en Indias hay tantas constituciones como reinos y países. La representación del rey ausente se erige concretamente para un territorio y unos habitantes determinados. No podría ser genérica, para todo el continente. En ese caso, en lugar de hacer presente al monarca, haría sentir su su alejamiento. Por eso, cada reino tiene su propia constitución y cada constitución su

¹⁴⁶ PARRY, John, *The Audiencia of New Galicia in sixteenth century*, Cambridge 1948, trad. castellana, Michoacán 1993. RUIZ MEDRANO, Ethelia, *Gobierno y Sociedad en Nueva España: Segunda Audiencia y Antonio de Mendoza*, Michoacán, 1991.

¹⁴⁷ PARRY, nota 146. CARDOZO, Efraín: «La audiencia de Charcas y la facultad de gobierno», en *Revista de Humanidades* 25, la Plata 1956. MURO ROMERO, nota 142.

¹⁴⁸ GARCÍA-GALLO, nota 112. MURO ROMERO, nota 145. TAU ANZOÁTEGUI, nota 139.

¹⁴⁹ BOSL, Karl, editor (de) *Handbuch der Geschichte der böhmischen Länder*, 4 tomos, Stuttgart, 1967–1970. BAK, Janos M., *Königtum und Stände in Ungarn im 14.-16. Jahrhundert*. Wiesbaden 1973. HELLBIG, Ernst, *Osterreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, Wien–New York, 1974, 2 ed. 1974. Gergely y Mezey, nota 13. WILLOWEIT, Dietmar y LEMBERG, Hans, (eds.), *Reiche und Territorien in Ostmitteleuropa*, Munich 2006, con trabajos de 21 especialista.

¹⁵⁰ SÁNCHEZ BELLA, nota 111. BRAVO LIRA, Bernardino. «Protección jurídica de los gobernados frente a los gobernantes en el Nuevo Mundo 1492-1992. Del absolutismo al constitucionalismo» en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 16, Santiago, 1991. El mismo, *Estado de derecho...* nota 20. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, «La fiscalización de los actos de gobierno en la época Indiana y su desaparición durante la república», en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos* 15, 1992-1993.

propia historia, ligada al país, vale decir, al territorio y a la población. La institución es el primer eslabón de una cadena. Con ella se da comienzo a la transformación del territorio y población en una unidad política, que, a su vez, da paso a una comunidad política y, esta, a una nación. De esta manera, a diferencia de lo que suele suceder en Europa, en la América indiana el Estado precede y «forja a la nación»¹⁵¹.

Este marco territorial e institucional se superpuso a las comunidades prehispanicas, y tornó posible la convivencia permanente entre poblaciones de origen europeo e indígena y, a la larga, el surgimiento de una conciencia colectiva entre ellos. Al respecto es significativo el papel de la capital, como centro y metrópoli desde el que se gobierna a todo el territorio y a toda la población. Así por ejemplo, son chilenos los que son gobernados desde Santiago y peruanos, los que lo son desde Lima.

SERVICIO AL REY Y DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

En el marco de una visión teocéntrica de la política, como fue la hispánica, gobernantes y gobernados se hallan bajo la común dependencia de Dios. Así los presentan las *Siete Partidas*, al tratar de los deberes del rey y del pueblo. Del mismo modo que el rey tiene deberes para con el pueblo, sus vasallos tienen también un papel personal y activo en la vida pública, no por una concesión o encargo ajeno, sino por su condición de tales, sin otro límite que su grandeza de ánimo y espíritu de servicio. En cuanto persona libre, el vasallo es dueño de sí y de lo suyo, —compendiado ordinariamente en la tríada honor-vida-hacienda— es decir, bienes concretos y no derechos abstractos, como los individuales, de que se habla en las constituciones escritas decimonónicas¹⁵². Como señor y dueño de lo suyo, el vasallo —lo mismo que los conquistadores— puede disponer voluntariamente de sí y de sus bienes para servir a su propia costa, a Dios, al rey y a la patria.

Este servicio voluntario es una forma primordial de la actividad política cuyos puntos cardinales son, por una parte, la distinción que el constitucionalismo ignora, entre buen y mal gobierno, uso y abuso del poder, ley justa e injusta y, por otra, la relación personal viva, bilateral con el rey.

Al Estado jurisdiccional no le incomodan estas distinciones, que en el Estado legalista se volvieron inadmisibles. Basta consultar la doctrina y la práctica para comprobarlo. Calaron hondamente en el Nuevo Mundo. Engendraron un sentir generalizado. Se exorcizan los abusos de poder con el milenarismo término tiranía, que a menudo se hace derivar de San Isidoro¹⁵³. Frente al

¹⁵¹ La expresión es de ARCINIEGAS, Germán, en «Coloquio sobre la realidad latinoamericana». Münster, W., 20 Febrero 1964. Cfr. STEGER, Hanns-Albert, *Die Universitäten in der gesellschaftliche Entwicklung Lateinamerikas*, Bielefeld 1968, trad. castellana México 1974, p. 287.

¹⁵² Acerca de la contraposición de estos bienes y los derechos. BRAVO LIRA, «Fortdauer.», «Derechos civiles...», «Honor...», nota 8.

¹⁵³ Notas 4 y 43.

tirano, el vasallo tiene ante sí anchas perspectivas de acción, sin excluir la deposición del mal gobernante¹⁵⁴. En casos extremos, los abusos gubernativos despiertan una doble reacción: invocar al rey ausente como garante del derecho y de la justicia y resistir contra los atropellos: viva el rey y muera el mal gobierno¹⁵⁵. La deposición del tirano no debe malinterpretarse como un derecho, al modo subjetivo. Es más que eso, un acto de defensa del derecho frente a quien lo vulnera, un modo de poner fin a los abusos y de restablecer el buen gobierno, es decir un servicio al rey y a la patria.

En suma, la constitución y el derecho, no están entregados a sí mismos. De algún modo, todos están comprometidos en su defensa. No en vano, se hallan en juego sus bienes más preciados, honor-vida-hacienda, tríada a la que se remiten una y otra vez los autores españoles e indios desde Calderón de la Barca hasta Andrés Bello en pleno siglo XIX¹⁵⁶.

PREMIO, MERCED Y GRACIA

El servicio al rey voluntario y a la propia costa, libre disposición de su persona y bienes da lugar al mérito y al premio, ya que según las Partidas, a su vez, debe el rey a sus vasallos no sólo derecho, sino gracia y merced. O sea, el servicio compromete al rey a recompensar voluntariamente con un premio. La merced no tiene un fundamento conmutativo, sino de conveniencia o congruencia. La gracia, en cambio, es un don que no tiene otro fundamento que la benignidad real.

Como se lee en las Partidas, una cosa es la misericordia real, que se funda en la piedad del rey y otra, la merced que el mismo hace «por merecimiento de servicio que (otro) le hizo» y, en fin, la gracia es una tercera cosa, que otorga por favor o benignidad «a alguno (de la que) con derecho se puede excusar de lo facer»¹⁵⁷. Al respecto, glosa Gregorio López merces est, cum aliqui ob meritum suum indulgetur. Gratia vero est, cum quid aliqui datur, qui si noluisse, non tenebatur dare¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Id.

¹⁵⁵ Id.

¹⁵⁶ CALDERÓN DE LA BARCA, Pedro, El Alcalde de Zalamea, acto 2, escena 18. FEIJÓO, Benito Jerónimo, *Cartas eruditas y curiosas* (5 vol.) Madrid. 1769-70, 3, Dedicatoria al rey. ARROYAL, León de. *Cartas político-económicas al Conde de Lerena*, Madrid, 1878, 221-22. hay ed. Antonio Elorza, Madrid. 1968. JOVELLANOS, Gaspar Melchor de. «Memoria sobre educación pública...» en Rivadeneyra (editor) *Biblioteca de autores españoles*, vol. 46, 30 y ss., la cita en 263. SUCRE, Antonio José «Discurso de instalación de la Corte Suprema de Bolivia», Charcas 16 de julio de 1827, en MENDIETA, Joaquín, «Breve historial de la Corte Suprema de Justicia» en «Corte Suprema de la Nación», *Libro homenaje a la Corte Suprema de Bolivia*, 2 vols. Sucre, 1972, 2, 156. BELLO, nota 27, varios otros textos suyos de los años 1830 a 1850, en los que se refiere a esta misma trilogía en: BRAVO LIRA, Bernardino, «Bello y la judicatura. La codificación procesal» en Departamento de Ciencias del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, *Bello y el Derecho*, Santiago 1982, esp. 129 y ss. A ellos pueden agregarse editoriales de *El Araucano* 296 de 6 mayo 1836 en Obras Completas, nota 27, 9, 296 y 638 de 8 septiembre 1850 *Ibíd.* 9, 429.

¹⁵⁷ LÓPEZ GREGORIO, glosa *Siete Partidas*, 7,32., a lex III.

¹⁵⁸ Id.

En todo caso es el rey quien decide dónde y cómo premia. En Indias, el principio básico es que los méritos se premian donde se hicieron. Esta política contribuyó a arraigar a los vasallos en estos reinos nuevos y a que se sintieran identificados con esta tierra donde sus méritos valen, lo cual es, en cierto modo la antítesis del hacer la América, de los emigrantes del siglo XIX. La monarquía contribuyó de esta manera a la formación de una conciencia patria, fundada en el servicio a Dios, al rey y a la patria.

Este servicio al rey, dio lugar a que se produjeran y publicaran innumerables informaciones de sevicios, que han llegado hasta nosotros. Su objeto era impetrar premios y mercedes al rey. Al igual que los conflictos jurisdiccionales entre distintos poderes, estas informaciones son testimonio de una una activa vida política¹⁵⁹.

No está de más apuntar que este servicio voluntario y libre que da lugar al mérito, más se parece a la relación con Dios, que a los deberes del ciudadano, anónimos, iguales y compulsivos del constitucionalismo posterior. El vasallo sirve generosamente por un ideal Dios-rey-patria, no por obligación. Esta actitud sobrevivió en cierto modo, hasta el siglo XX en el servicio al Estado sin retribución, como antes al rey, llamado *ad honorem*.

LUCHA POR EL DERECHO

La constitución del reino no es una cosa inerte en el Estado jurisdiccional. Antes bien, no hay reparo en discernir entre ley justa e injusta y entre resistencia legítima e ilegítima. Como bajo la preeminencia real, juegan múltiples poderes fue un asunto candente¹⁶⁰. Da la impresión de que todo eran conflictos. Nadie campea por sus fueros con mayor ardor que los cabildos, preladados, fiscales y oidores de las Audiencias. Bien consciente de ello era en el siglo XVI el oidor Matienzo, quien señala que a causa de la distancia del rey, el poder de los cabildos indianos es mayor que el de los de Castilla¹⁶¹. Por su parte, el arzobispo de Charcas, Fray Gaspar de Villaroel, dedicó su obra *Gobierno eclesiástico pacífico*, a las relaciones nada fáciles entre oidores y obispos¹⁶². Esta lucha por el derecho domina la vida colectiva. Como ha mostrado Néstor Meza Villalobos, contribuye a moldear la conciencia política indiana¹⁶³. No se limita a clérigos y seglares, europeos y criollos. Es notable la prontitud con que indios, caciques y comunes, aprendieron a pleitear¹⁶⁴.

¹⁵⁹ MEZA VILLALOBOS, nota 84.

¹⁶⁰ Esta conciencia política refleja el aforismo de Isidoro de Sevilla, *Rex eris si recte facias, si non facias, non eris*, en *Etymologiarum* 9, 3,4. Ver nota 43.

¹⁶¹ MATIENZO, nota 119.

¹⁶² VILLARROEL, Gaspar de, *Gobierno eclesiástico pacífico y unión de los dos cuchillos, pontificio y regio*, 2 vols, Madrid 1656-1667, reimpresso allí 1738.

¹⁶³ MEZA VILLALOBOS, nota 84.

¹⁶⁴ Id.

Es una lucha sumamente concreta. Se traduce en la contraposición entre buen y mal gobierno, uso y abuso del poder, ley justa e injusta y supone una movilización de los vasallos para hacer prevalecer el derecho en caso de ser amagado ¹⁶⁵. Sobre esta base se asienta el Estado de derecho en Indias. Lejos de ser una construcción doctrinal, fría y distante, frente a la cual los demás elementos de la población permanecen indiferentes, es una realidad vivida y defendida con ardor, si llega el caso.

El modo como el pueblo –mayores, medianos y menores en expresión de las Partidas ¹⁶⁶– sale en su defensa, revela que la constitución indiana no estaba abandonada a sí misma, como sucedió demasiado a menudo, con las constituciones escritas de los siglos XIX y XX. En la medida en que el pueblo veló por ella, el Estado de derecho y la constitución indiana no fueron una entelequia. El mismo sentido tienen los conflictos de jurisdicción entre virreyes y gobernadores y Audiencias, por un parte, y obispos y prelados, por otra. Su virulencia es prueba del agudo sentido del derecho de que estaban poseídos, al obrar en nombre de las instituciones que cada uno representaban.

En suma, la constitución indiana no es una construcción legal o doctrinal más o menos feliz, sino una trama viva de poderes e instituciones, arraigadas en ideales políticos comunes a la población, como buen o mal gobierno, uso y abuso del poder, leyes justas e injustas, y el servicio a Dios, el rey y la patria, voluntario y meritorio, que hace acreedor a premio, merced o recompensa de parte del rey. Debido a este anclaje en la conciencia política, la constitución tiene una vitalidad propia y una capacidad de adaptación a nuevas condiciones que le permite vivir y sobrevivir de uno u otro modo hasta nuestros días.

PRÁCTICA DEL ESTADO DE DERECHO

Los testimonios de aplicación del derecho muestran, mejor que ninguna explicación, el grado de efectividad del Estado de derecho. Brevemente mencionaremos tres casos que corresponden a los primeros tiempos del reino de Chile. Desde luego, antes de recibir a Pedro de Valdivia, el primer gobernador, en 1548, se le exigió juramento de repetir las libertades y franquicias de la ciudad y sus vecinos y de mantenerlos en paz y en justicia. Se inició una costumbre que persistió hasta el fin de la monarquía en el siglo XIX ¹⁶⁷.

En cuanto al respeto de las persona y bienes, Valdivia, a fin de tener gente con la que hacer una fundación en Concepción, despojó a algunos encomendados de Santiago de dicha merced, que les impedía concurrir. Los afectados ocurrieron a la recién intituída audiencia de Lima, dentro de cuyo distrito se halla-

¹⁶⁵ EYZAGUIRRE, Jaime, *Ideario y ruta de la emancipación chilena*, Santiago 1951. BRAVO LIRA, nota 15.

¹⁶⁶ *Siete Partidas*, 2. 10, 1 cfr. 1,2, 5.

¹⁶⁷ MEZA VILLALOBOS, nota 84. BRAVO LIRA, *El Estado de derecho en la Historia de Chile*. Santiago 1996.

ba Chile y el tribunal ordenó indemnizarles con otras encomiendas, las primeras que estuvieran disponibles ¹⁶⁸.

Muerto trágicamente Valdivia en 1553, tres capitanes pretendían sucederle en el mando. Conforme al sentir del cabildo y personalidades convinieron someter el caso al parecer de letrados. Sólo había dos en el reino, quienes emitieron su dictamen ¹⁶⁹.

No habían pasado tres años, cuando los indios de Santiago obtuvieron, a su vez, una indemnización. Un encomendero acudió al cabildo de Santiago e hizo presente que el cacique Martín, por lo visto ya convertido, decía que el finado Pedro de Valdivia había fundado la ciudad en tierras que eran de sus indios. Como al rey sólo pertenecían las tierras vacantes, esto es que no fueran propiedad de los indios, el cabildo, después de hacer las indagaciones pertinentes, los indemnizó con otras tierras en el valle de Puangue, que conservaron hasta la independencia en el siglo XIX ¹⁷⁰.

No se puede negar que cuando se habla Estado de derecho, ya en la primera mitad del siglo XVI, en países tan nuevos y remotos como Chile, se habla de algo operante.

III MODERNIDAD BARROCA: PROTECCIÓN HISPÁNICA A LOS BIENES Y GARANTÍA DE DERECHOS SUBJETIVOS EN EL *RULE OF LAW* INGLÉS

«expondría su persona, su vida y su hacienda para el servicio de Su Majestad y de esta república y reino como uno de los hijos principales de ella» **Juan Rodolfo Lisperger, 1655.**

Mientras al otro lado del Atlántico, Hispanoamérica se forja una cultura propia, Europa atraviesa por una grave crisis ¹⁷¹. En Bohemia, en Cataluña, en

¹⁶⁸ Id.

¹⁶⁹ GONZÁLEZ ECHENIQUE, Javier, *Los estudios jurídicos y la abogacía en el reino de Chile*, Santiago. F. 1954.

¹⁷⁰ HUNEEUS PÉREZ, Andrés, *Historia de las polémicas de Indias en Chile durante el siglo XVI (1536-1598)*, Santiago s/f. SILVA VARGAS nota 105.

¹⁷¹ En las últimas décadas se estudia con intensidad lo que se ha dado en llamar crisis del siglo XVII. TREVOR-ROPER, Hugh Redwaid, *The general crisis in the seventeenth Century in Past and Present 1619-59*, ahora re-trabajado en Aston TREVOR (editor) *Crisis in Europe 1560-1660*, Londres 1965, trad. castellana, Madrid 1983, que contiene otros trabajos sobre el tema. TREVOR-ROPER, H. R., *Religion, Reformation una Soziale Umbruch, Die Krise des 17 Jahrhunderts*, Berlín 1970. STEENSGAARD, Niels, *Det syttende arhundredes Krise en Historisk Tidsskrift*, Copenhague 1970, ahora en PARKER, Geoffrey y SMITH LESLEY, M. (editores) *The general crisis in the seventeenth Century*, Londres 1978. ELLIOT, John Huxtable y otros, *Revoluciones y rebeliones en la Europa moderna*, Madrid 1972. KAMEN, Henry, *The Iron Age. Social Change in Europe 1550-1660*, Londres 1971, trad. castellana, Madrid 1977. MARAVALL, José Antonio, *Estado moderno y mentalidad social. Siglos XV a XVII*, 2 vol., Madrid 1972; ROTELLI, Ettore y SCHIERA, Pierangelo (editores) *Lo stato moderno*, 3 vol., Bolonia 1973-74, 2, Principie ceti, 3, *Accentamento e rivolte*. MAURO FRÉDERIC, *Le Portugal et l'Atlantique au XVII^e siècle (1570-1670)* s. 1. 1960. ALEXANDRE

Portugal, en Inglaterra, en Francia, los estamentos y la realeza se enfrentan violentamente. Es la época de la rebelión de los bohemios contra Fernando II¹⁷², del alzamiento de Cataluña y Portugal contra el Conde-Duque de Olivares, valido de Felipe IV¹⁷³, de la Fronda en Francia¹⁷⁴ y de una serie de revueltas de diverso género en Nápoles, Rusia, Escandinavia, Suiza y Alemania.

Pero en ninguna parte fueron las convulsiones tan violentas como en Inglaterra. A las pretensiones de Jacobo I se oponen las del Parlamento. Así se llega a la revolución de 1648, con la decapitación de Carlos I y la dictadura de Cromwell. A la cual siguen la restauración de 1660 y la nueva revolución, sin sangre, llamada gloriosa, de 1688¹⁷⁵.

En medio de estas vicisitudes se produjo la quiebra de la constitución del reino, descrita por John Fortescue (1394-1471), como principado mixto, *regimen politicum et regale*. La tradicional dualidad rey-parlamento, dejó paso a la omnipotencia del parlamento. Con ello entraron en crisis la dependencia del poder respecto del derecho, recogida por Bracton (c. 1216-1268) en la célebre sentencia: *rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege*, y el propio *rule of law*. El *statute law*, derecho legislado emanado del parlamento, se sobrepuso al *case law*, derecho del caso, emanado del precedente y del juez¹⁷⁶.

TÉRRERA, Francisca, «La revolución portuguesa de 1640» en *Saitabi* 17, Valencia 1967. LEHMAN, Harmut, *Das Zeitalter des Absolutismus*, Stuttgart 1980, Königsberger. HELMUT, G., «Die Krise des 17. Jahrhundert» en *Zeitschrift für historische Forschung* 9, Berlín 1982.

¹⁷² STURMBERGER, Hans; Georg Erasmus Tschernebl. *Religion, Libertät und Widerstand*, Viena 1953. El mismo. *Kaiser Ferdinand II und das problem des Absolutismus en Österreich-Archiv*, Viena 1957; ahora en El mismo. *Land ob der Enns und Österreich*, Linz 1979; El mismo *Aufstand in Bohmen*, 1959.

¹⁷³ TREVOR DAVIES, Hugh R., *Spain in Decline 1621-1700*, Londres 1954, trad. castellana, Barcelona 1969. ELLIOT, John Huxtable, *The Revolt of the Catalans 1598-1650*, Cambridge 1963, trad. castellana, Madrid 1977. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco y otros. «La España de Felipe IV»; en JOVER, José María (director) *Historia de España*, vol. 25, Madrid 1982.

¹⁷⁴ PORSNEV, Boris F., *Die Volksaufstände in Frankreich von der Fronde (1623-1648)*, Leipzig 1954. MOUSNIER, Roland, *Recherches sur les soulèvements populaires en France avant la Fronde en Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 5, París 1958; ahora en el mismo. *La plume, la faucille et le marteau*. París 1970. El mismo, «Pourquoi États-Généraux et États provinciaux ont ils joué un si faible rôle pendant la Fronde?» en *Parliaments, Estates et Représentation* 1, Londres 1971. El mismo. *Les institutions de la France pendant la monarchie absolue*, 2 vol. París 1974-80. GARRISON, Francois. *Histoire du droit et des institutions*, 2 vol. París 1984. MÉTHIEVIER, H. *La Fronde*, París, 1985.

¹⁷⁵ BERCÉ, Yves-Marie. *Revolts et révolutions dans l'Europe modeme XVIe XVIIe siècles*, París, 1980. Para Inglaterra, por todos, la excepcional obra de SCHRÖDER, Hans-Christoph, *Die Revolutionen Englands im 17. Jahrhundert*, Francfort a M. 1986. AYLMER, G. E. *Rebellion or Revolution? England from civil war to Restoration*, Oxford-Nueva York 1986.

¹⁷⁶ GOUGH, John Wiedhofft, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford 1955. PEREIRA MENAUT, nota 17. VAN CANAEGEN, Raoul Charles, «The common law seen from the European Continent» en el mismo, *Legal History: a European perspective*, Londres 1991. SMITH, David I., «The idea of rule of law in England and France in the seventeenth century», en ASCH, Ronald G. y DURCHHARDT, Heinz (eds.), *Der Absolutismus-ein Mythos*. Colonia-Weimar-Viena 1996. FIORAVANI, Maurizio, *Constituzione*, Bolonia 1999, trad. castellana. Madrid 2001. CERDA, José Manuel, *Parliamentary assemblies in the making. Spanish courts and English councils in the twelfth century*, tesis, Universidad de South Wales 2005.

Pero, tal vez el rasgo más propiamente inglés de esta ruptura, es su disimulo hasta donde es posible. La primacía del derecho sobre el rey y el parlamento se desvaneció muy poco a poco. Constituyó más bien una cuestión de principio, que tardó siglos en llegar a sus últimas consecuencias prácticas. En rigor, sólo terminó de extinguirse en el siglo xx¹⁷⁷. Todavía frente a Jacobo I, Edward Coke (1552-1634), la máxima figura del *common law*, invocó a Bracton para sostener que las leyes contrarias a la razón y a los principios fundamentales del *common law* no tenían valor alguno. Pero luego las cosas cambiaron. Se alzaron voces que proclamaban la soberanía u omnipotencia del parlamento. Frente a ellas hizo notar en 1679 John Withehall, que esta inversión de la relación entre el derecho y el poder no podía menos que acabar con el *common law* y con la propia *rule of law*¹⁷⁸.

PROTECCIÓN FRENTE AL PODER

Reflejo del papel cada vez más relevante del *statute law*, son los documentos fundamentales de la tradición inglesa de protección a las personas, elaborados precisamente en los tormentosos años del siglo xvii. En ellos cobró forma la noción de derechos subjetivos. Nos referimos, en primer lugar a la *Petition of rights* de 1627, obra de Coke, al *Habeas corpus Act* de 1679 y al *Bill of rights* de 1688¹⁷⁹. Estos textos, tienen un inconfundible sabor de compromiso estatal, pero revisten la forma de leyes y, en cierto modo, de leyes fundamentales. Pretenden proteger libertades y privilegios, tan a menudo atropellados en esta época. Al respecto, presentan, además, tres rasgos muy sugerentes. Se trata de una protección frente al gobierno, esto es más bien política; legal, es decir, cuyo alcance queda a merced de la ley, y tienen por objeto no bienes concretos, sino derechos.

En otras palabras, en estos documentos la protección no se plantea en términos amplios, contra quien fuere, sino que tiende a concentrarse dentro de un ámbito mucho más reducido, pero sumamente conflictivo entonces, el de las relaciones entre gobernantes y gobernados, vale decir, el plano político. Se trata, ante todo, de protección contra las arbitrariedades, de los gobiernos, tan frecuentes entonces.

En segundo término, en la medida en que la protección queda entregada a la ley, se torna más variable e incierta que la que opera por vía judicial. Finalmente, hay aquí un cambio de lenguaje. Los bienes protegidos son denominados ahora insistentemente derechos. En lugar de estar por encima de las leyes, están a merced de sus disposiciones. No se habla sólo de libertades y privile-

¹⁷⁷ ATIYAH, P. S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979. El mismo, *Law and Modern Society*, Oxford 1983. VAN CAENEGEN, nota 1.

¹⁷⁸ PEREIRA MENAUT, nota 12.

¹⁷⁹ SCHWARTZ, nota 26. STOURZH, Gerald, «Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17 und 18 Jahrhundert. Zur Génese des modernen Verfassungsbegriffs»; en VIERHAUS, Rudolf (editor) *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen*, Göttingen 1977.

gios, de derechos y de objetos concretos protegidos. Además, se los tiende a englobar a todos bajo la denominación común de derechos. Estamos al parecer ante el despuntar de los derechos subjetivos. Al menos en el área inglesa. En todo caso hace falta una cuidadosa revisión de los textos y de la literatura jurídica de la época para determinar el alcance preciso de esta terminología que ahora vemos imponerse. Naturalmente, esto sobrepasa los límites del presente estudio.

Sin embargo, el actual estado de la investigación permite afirmar que por ese tiempo se produce el tránsito de la concepción de los bienes protegidos a la de derechos subjetivos. Figura clave al respecto es Hobbes (1558-1679), cuyo *Leviathan* se publicó en 1651. Antes de él, la palabra derechos –rights– parece aplicarse a la protección personal en conjunto, más bien *pars pro toto*. Es decir, alude a algunos bienes en concreto y, al mismo tiempo, a todos los demás en general, sean libertades, privilegios u otros bienes protegidos como la integridad corporal, las casas, cargos, propiedades y demás¹⁸⁰.

LIFE, LIBERTY AND ESTATE

Hobbes echa mano de la trilogía *life, liberty and estate* vida-libertad-propiedad, que tuvo gran fortuna en la Inglaterra de esa época. Su interés se explica sobradamente por el clima de inseguridad y arbitrariedades que se vivía. Con ella sucede algo parecido a lo que ocurre con la *Petition of rights* y los documentos posteriores. Ya no se plantea la protección en un plano concreto y personal, como afirmación de la vida, la libertad y la propiedad frente a cualquiera que atente contra ellas. Antes bien, ella se dirige indeterminadamente contra el gobierno, de quien provenían entonces los más brutales abusos y despojos.

Este planteamiento era ya explícito, antes de la revolución, en los escritos de Jacobo I, conocido sostenedor de la doctrina protestante del derecho divino de los reyes. Según él, los súbditos debían servir al monarca como a Dios: «tanto con el alma como con el cuerpo». Por lo que «al rey es debida tanto la afección del alma como el servicio del cuerpo de sus súbditos» Tales pretensiones no dejaron de suscitar reacciones. El propio canciller Francis Bacon (1561-1626), tan próximo a Jacobo, no dejó de puntualizar: «acaso no es un

¹⁸⁰ POLIN, R., *Philosophie et politique chez Thomas Hobbes*, París 1952. HOOD, F. C., *The divine politics of Thomas Hobbes*, Londres, 1964. VILLEY, Michel «Le droit de l'individu chez Hobbes» en *Seize Essais de Philosophie du Droit*, París 1969». Les origins de la notion de droit subjectif «en *Archives de Philosophie du Droit* 2, París 1953-54, ahora en castellano en sus *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, 1976; *La formation de la pensée juridique moderne*, París. 1968, nueva ed. corregida. París. 1975, esp. p. 240 y ss.; MAC PHERSON, *The political theory of progressive individual from Hobbes to Locke*, Londres, 1962, BRANDT, nota 27: distingue la doctrina ética de los bienes como se la encuentra, por ejemplo, en Platón y la doctrina jurídica de los mismos de los autores ingleses y posteriores. SOMMERVILLE, John P., *Thomas Hobbes: political ideas in historical context*, Londres 1992. CARPINTERO, nota 36. FIORAVANTI, nota 36.

principio común que el derecho favorece tres cosas: vida, libertad y posesiones (*life, liberty and estate*)¹⁸¹.

En lo sucesivo, esta tríada fue invocada por los dos bandos, el rebelde y el del rey. En 1647 los rebeldes recuerdan que el Parlamento ha declarado que es la libertad de todo súbdito gozar del beneficio de la ley y no ser arbitraria e ilegalmente puesto en prisión, ni despojados de sus vidas, libertades, bienes y posesiones, sino por debido proceso de derecho, de acuerdo con la *Magna Charta* y la *Petition of rights*. Apenas dos años después, pronuncia Carlos I sus famosas palabras, en las que, reafirma una vez más que es tarea del rey proteger a sus súbditos contra la arbitrariedad e ilegalidades del Parlamento: «No hablo solamente en favor de mi propio derecho, como vuestro rey que soy. Hablo además por la libertad de todos mis súbditos, que consiste no en el poder del gobierno, sino en vivir bajo un gobierno y unas leyes que sean capaces de brindarles la mejor seguridad de sus vidas y propiedad de sus bienes»¹⁸².

A primera vista, parece que en los dos textos anteriores no se habla de derechos subjetivos. El acento está puesto en la protección concreta de los súbditos y no en la de unos derechos suyos. Con todo, el punto requiere un examen más detenido. Por el momento debe quedar abierto.

HOBBS Y EL DERECHO SUBJETIVO

En cambio, lo que sí es claro es la terminología de Hobbes, en sus obras publicadas entre 1640 y 1651, *Elements of Law, De Cive* y, sobre todo, *Leviathan*. Allí encontramos, ya maduro el concepto de derecho subjetivo. Según el autor, hay derechos naturales, que son anteriores a toda sociedad y de los que es imposible suponer que nadie, cuando entra en sociedad, abandone o transfiera al gobernante¹⁸³. Piensa en la legítima defensa de la vida, pero también frente a la prisión ilegítima o contra el despojo de sus bienes. De esta suerte configura Hobbes la vida, la libertad y la propiedad como derechos. En consecuencia, se habla de derecho a la vida, a la libertad y o la prosperidad. En una palabra, se transforma la protección práctica y directa de esos bienes concretos en protección teórica y mediata a unos derechos subjetivos.

Después de Hobbes la trílogía tiende a entenderse como enumeración de derechos subjetivos. Es la línea consagrada por autores como Tyrrell (1642-1718) y sobre todo, Locke (1632-1704)¹⁸⁴. Esta reducción de los bienes concretos a derechos subjetivos es el abismo que separa al Estado de derecho

¹⁸¹ *The political Works of James I 1616*, reimpresso Nueva York 1965, pp. 63-64. BAHATEC, Josef, *Menschen und Bürgerrechte in der englischen Publizistik*; en SCHNUR, nota 29.

¹⁸² OVERTON, Richard, «An Appeal (julio de 1647)»; en WOLFE, D. M., *Levelles Manifestoes of the Puritan Revolution*, Nueva York, 1967, p. 166. GARDINER, S. R. (editor), *Constitutional documents of the Puritan Revolution (1625-1600)*, Oxford, 1906 (hay reimpresión 1968), p. 375.

¹⁸³ HOBBS, Thomas, *Leviathan*, 14, 8.

¹⁸⁴ TYRRELL, James, *Patriarcha non Monarcha*, 1681. Locke, John, *Two Treatise of Government* ed. Laslett, Peter. Cambridge. 1960. BRANDT, nota 116. VILLEY, nota 36; TULLY, James.

inglés del hispánico. Su desenlace natural no parece ser otro que sacrificar la persona al totalitarismo, duro o blando¹⁸⁵.

En el continente las cosas son distintas. Al menos si consideramos las dos grandes monarquías que contienden por la preponderancia europea, España y Francia. La pugna se prolonga hasta 1648-59, en que Francia coge el relevo de España.

PROTECCIÓN Y SERVICIO

En ambas se conocen trilogías semejantes a la inglesa. Pero hay salientes contrastes.

Hasta los años 60, la España del siglo XVII es una potencia combatiente. Pelea en Europa por la causa católica en la Guerra de Treinta Años y luego lucha con Francia. En la propia península enfrenta las rebeliones de portugueses y catalanes. Hostilizada por piratas y corsarios se comunica no obstante con el pujante mundo ultramarino formado por Hispanoamérica y Filipinas.

Los grandes ideales están vivos, pero la distancia entre ellos y la realidad circundante crece por momentos. Se insinúa entonces la duda sobre su validez en las actuales circunstancias. Hasta qué punto cabe seguir tomándolos en serio. Es el drama colectivo que inmortalizó Cervantes en *El Quijote*, tal vez la más barroca de las obras del barroco. En el plano político, el centro de esta crisis es el antiguo ideal de servicio a ambas Majestades, a Dios y al Rey, por el que las generaciones anteriores consumieron sus vidas en el Viejo y en el Nuevo Mundo.

Expresión de este momento son los versos, pronto famosos, de Calderón de la Barca (1601-80) en *El Alcalde de Zalamea*:

«Al rey la hacienda y la vida se ha de dar,
pero el honor es patrimonio del alma
y el alma sólo es de Dios»¹⁸⁶.

Aquí encontramos una tríada, que es distinta de la inglesa en varios sentidos.

En primer lugar, se habla de honor, vida y hacienda en lugar de vida, libertad y propiedad. Es decir, no se queda en bienes corporales. La libertad inglesa forma parte de ellos en cuanto consiste en la libertad física, esto es, no ser apresado ilegalmente. Aquí, en cambio, se introduce un bien espiritual, el honor, que pertenece al alma y se refiere a Dios.

Enseguida es diferente la jerarquía. La vida ya no es lo primero. Por encima de ella está el honor, por el cual merece darse la vida y gastarse la hacienda.

«Locke »; en BURNS, James H. y Goldie MARK (eds), *The Cambridge History of Political Thought*, Cambridge 1991. FIORAVANTI, CARPINTERO, nota 36.

¹⁸⁵ ATIYAH, nota 113. REINHARD, nota 9. BOVARD id.

¹⁸⁶ CALDERÓN DE LA BARCA, Pedro, *El Alcalde de Zalamea*, acto 2, escena 18.

En tercer lugar el sentido de la tríada es opuesto. Mientras el inglés busca proteger celosamente lo suyo, ponerlo a salvo del gobierno, contra los abusos del rey y del parlamento, el español busca servir, dispone espléndidamente de lo suyo, primero para Dios y luego para el rey y la patria. Este contraste es el más decisivo para los efectos de nuestro estudio. Refleja la diferencia entre la actitud medrosa del inglés del siglo xvii, víctima de toda suerte de atropellos y la actitud magnánima del español, portugués o hispanoamericano, acostumbrado a hacer de sí y de lo suyo lo que le venga en gana. Al inglés le importa ante todo no perder lo que tiene, al hispano no le importa gastar lo que tiene por su Dios, por su rey y por su patria. Aquí parecen separarse dos mentalidades, la burguesa y la señorial.

Así se explica que en Inglaterra los derechos personales pasen a primer plano en el siglo xvii. Como sucede en las épocas turbulentas, se convierten en asunto vital, al menos para los sectores dirigentes. Por eso se los hace objeto de documentos solemnes. Lo cual era completamente superfluo en España, Portugal o Hispanoamérica, donde imperaba un orden bastante efectivo, de suerte que los gobernados no sólo no tenían que defenderse de abusos de sus gobernantes, sino que estaban espontáneamente prestos a ponerse a su servicio, ellos mismos con la vida y con todos sus haberes. Por eso el inglés puede hablar en esta época el lenguaje de sus derechos, del derecho subjetivo, por ejemplo, a la vida o a la propiedad. En cambio, el español no necesita hacerlo, le basta con hablar simple y concretamente de su vida o de su hacienda, medios sobre los que dispone a su arbitrio sin mayores obstáculos.

Por último, la escala honor-vida-hacienda es teocéntrica. Desciende de Dios al alma, del alma al cuerpo, que recibe de ella la vida, y del cuerpo a los bienes exteriores. Vida y hacienda son cosas de este mundo y por tanto, medios temporales para el servicio de Dios y del rey. Persiste aquí la misma subordinación del más acá terrenal al más allá ultraterreno de las *Partidas*. La honra o el honor, expresión de la dignidad humana constituye el nexo entre ambos planos. Pero una dignidad que no tiene un fundamento terrenal, sino teológico, que no dimana de los hechos propios ni de los dichos ajenos, sino que es don del mismo Dios.

Este enfoque teológico es muy distinto del inglés. Ya vimos que para Jacobo I, se debe servir al rey *con el alma y con el cuerpo*. De la misma manera, Hobbes, aunque menciona un estado natural, tiende a reducir los derechos personales a un asunto puramente terreno, en el que entran en juego solamente gobernantes y gobernados.

ORTO DEL PATRIOTISMO

La concepción que para abreviar hemos llamado hispánica, es válida con matices para todo el mundo de habla castellana y portuguesa. En la Península Ibérica, Hispanoamérica y Filipinas la vida colectiva gira en la época del barroco en torno a esta tríada jerárquicamente escalonada.

En todo el mundo hispánico el barroco, más allá de la contradicción entre ideal y realidad, es una época espléndida, llena de colorido y animación. Basta ver las fiestas, las artes, las letras, las ciudades y la vida en general. Pero al otro lado del Atlántico, tiene una significación especial. Allí el barroco es la primera gran manifestación cultural común al continente, desde California hasta Río de la Plata. En este marco germina la conciencia patria en diversas partes del continente, como Brasil, México y Chile. Manifestación de ella, es la transformación de la comunidad política en una comunidad nacional o protounacional¹⁸⁷. En el curso del siglo XVII, se pasa del viejo ideal de los conquistadores, de servicio a Dios y a la patria, a la trilogía Dios-rey-patria de los hijos de la tierra. Esta tríada tuvo larga vida. En algún caso llegó incluso hasta el siglo XX, recogida en las constituciones escritas¹⁸⁸.

Un ejemplo de estas transformaciones es la actitud de Juan Rodulfo Lisperguer, perteneciente a una de las grandes familias del reino de Chile con ocasión de del alzamiento general de los indígenas del sur en 1655. El Cabildo de Santiago lo envió como procurador ante el Virrey del Perú a para solicitar, entre otras cosas, la destitución del presidente de Chile. Lisperguer se negó a aceptar la suma acordada para gastos, por los capitulares, diciendo que, aunque no andaba sobrado de dineros, haría el viaje a sus expensas y «expondría su persona, su vida y su hacienda para el servicio de Su Majestad y de esta república y reino como uno de los hijos principales de ella»¹⁸⁹. Sus palabras no sólo aluden a la tríada honra-vida y hacienda sino también al servicio al rey y a la patria.

Pero esta trilogía no es exclusiva del mundo de habla castellana y portuguesa. También se menciona en Francia. Después del triunfo de la monarquía, cuando se extinguen los últimos brotes de la Fronda, los franceses quedan a salvo de los abusos de las facciones. Como los españoles, portugueses e iberoamericanos se siente razonablemente seguros. Al igual que ellos hablan de honor, vida y hacienda. Pero lo hacen en otro contexto.

¹⁸⁷ Para Brasil, CALMON, Pedro, *História da Civilização Brasileira*, Río de Janeiro 1934, trad. castellana, Buenos Aires 1937. MELHO, Evaldo, *Rubro Veio. O imaginario da restauração pernambucana*, Río de Janeiro 1997. Para México, JIMÉNEZ MORENO, Wigberto, «La crisis del siglo XVII y la conciencia nacional en Nueva España», en *Revista de Indias* 159-162, Sevilla 1980. BRAVO LIRA, Bernardino, «El Barroco y la formación de las nacionalidades hispanoamericanas», en Instituto italo-latinoamericano, *Simposio sul barroco latinoamericano*, 2 vols., Roma 1982 y 1984, 1 Ver 1981. Ahora en el mismo: (ed.) *El Barroco en Hispanoamérica. Manifestaciones y significación*, Santiago 1981. BRADING, David, *The first America. The Spanish monarchie creole patriots and the liberal state*. 1492-1867. Cambridge 1991, trad. castellana, México 1991. Para Nueva Granada, JARAMILLO URIBE, Jaime, «Nación y región en los orígenes del Estado nacional en Colombia», en Buisson, Inge y otros (eds.), *Problemas de la formación del Estado y de la nación en Hispanoamérica*, Bonn 1984, 340 ACEVEDO, Edberto Óscar, «Política, religión e Ilustración en las intendencias altoperuanas: regionalismo frente a unidad en el Virreinato rioplatense» *ibid.*

¹⁸⁸ BRAVO LIRA, Bernardino, «Religiao-patria-lei. Primacia de la constitución histórica sobre la escrita en Brasil» en Séptimo Congresso da associação iberoamericana de academias de História, Annais, Río de Janeiro 2000.

¹⁸⁹ MEZA VILLALOBOS, nota 84, 110.

No podemos entrar en detalles. Baste un ejemplo para ilustrar el contraste. Henri Pussort (1615-97) al comentar las *Ordenanzas* de 1667 argumenta que el juez no está sobre la ley porque «si... pudiera contravenir impunemente la ley sería, por una consecuencia infalible, señor de los bienes, del honor y de la vida de los súbditos del rey»¹⁹⁰.

O sea, aquí, como en Inglaterra, todo tiende a reducirse a una relación terrena, entre gobernantes y gobernados, sin referencia superior a Dios. Pero, a diferencia de lo ocurrido en Gran Bretaña y en Francia, la monarquía asumió un papel efectivo de protección de sus vasallos en el Estado pacificador, incluso frente a los posibles abusos de sus propios agentes y oficiales.

IV MODERNIDAD ILUSTRADA. TRES VERTIENTES DEL ESTADO DE DERECHO: HISPÁNICO, INGLÉS E ILUSTRADO

«nadie temía ser encarcelado ni expatriado por un abuso de autoridad»,
General Francisco Antonio Pinto, acerca de la monarquía ilustrada.

La Modernidad ilustrada abarca aproximadamente desde la *Enciclopedia* hasta la Postmodernidad, es decir, los dos siglos que transcurren entre la constitución escrita de 1791 en Francia y la *Wende*, o vuelco provocado por el derrumbe de la Unión soviética al término del del siglo xx. Así como la época del Barroco vio nacer el moderno *rule of law* y los derechos subjetivos, la época de la Ilustración vio surgir el *règne de la loi* y los derechos humanos.

EXPANSIÓN Y EROSIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

Para el Estado de derecho es una época ambivalente. En el curso de ella, su vigencia se amplía espectacularmente más allá de Europa y de Hispanoamérica, a pueblos y continentes donde hasta entonces era desconocido. Pero esta universalización no se hizo sobre la base de las versiones hispánica o inglesa sino de una nueva nacida con la Ilustración, cuya eficacia práctica resultó claramente menor. En consecuencia, junto con generalizarse, la noción de Estado de derecho se degradó hasta quedar reducido a un vago ideal humanitario. A fuerza de ampliarse, se convirtió en una etiqueta, tanto más cómoda de usar, cuanto más pobre de contenido. Sucedió con el Estado de derecho lo que con la moneda: la mala desplazó a la buena.

Esta erosión del Estado de derecho corre a parejas con el auge y caída de la Ilustración. Nada lo muestra mejor este que el uso que tuvo la expresión *Rechtsstaat*, con la que desde los albores del siglo xix se designó al Estado de derecho. Tras aplicarse genéricamente, sin mayores distinciones, a las antiguas versiones hispánica e inglesa, así como a la nueva, ilustrada en sus múltiples

¹⁹⁰ *Procès verbal* relativo a la redacción de las Ordenanzas de 1667, 1, p. 496, citado por EMERIGON, *Traité des assurances et des contrats de la grosse*. 2 vols., París. 1827.

variantes, terminó por extenderse, con el aval de juristas como Kelsen¹⁹¹, al Estado totalitario, surgido un siglo después de Welcker en la Unión soviética. Se produjo así, más que una desvirtuación del concepto una inversión de su sentido. Según hicieron ver juristas, como García de Enterría y Ernst Wolf, el Estado de derecho se volvió contra el hombre, en un instrumento de opresión del hombre por el poder. Para el primero: «en la ley (se comenzó a ver) algo en sí mismo neutro, (que) no sólo no incluye en su seno necesariamente la justicia y la libertad, sino que con la misma naturalidad puede convertirse en *la más fuerte y formidable amenaza para la libertad*, incluso en una *forma de organización de lo antijurídico* y hasta un instrumento para *la perversión del orden jurídico*»¹⁹². Por su parte, Wolf cree que no hay más escapatoria que una reconstrucción metódica y objetiva de la seguridad jurídica, sin la cual ninguna confianza de los hombres en el Estado de derecho es posible¹⁹³.

De hecho, esta fue la pesadilla del siglo XX, que vio cometer las mayores atrocidades de la historia contra poblaciones y hombres inocentes. TERNON habla de Estado genocida, mientras que Johnson no duda en calificarlo como el mayor asesino de la historia¹⁹⁴. No obstante, la expresión Estado de derecho se siguió usando sin más en todo el arco comprendido entre la Unión soviética y los Estados Unidos. Si en 1950 el ruso Wyschinski afirmaba que la constitución no está para proteger a los individuos frente al Estado, sino, al revés, al Estado frente a los individuos, en 2000 el estadounidense Bovard, denunciaba con amargura que en los Estados Unidos la ley había dejado de ser una garantía para los ciudadanos, como en el siglo XVIII, cuando se dictó la constitución, y se había convertido en el peor instrumento de opresión del ciudadano por el Estado¹⁹⁵. Más que descartar esta coincidencia, con la simplista afirmación de que los extremos se tocan, hay que reconocer en ella un testimonio del hundimiento del Estado de derecho en esta etapa final de la Modernidad.

VERTIENTES DE LA ILUSTRACIÓN Y DEL ESTADO DE DERECHO

La historia del Estado de derecho en esta época es vasta y ramificada. La Modernidad ilustrada se abre, en diversas direcciones y corrientes. Entre ellas, se distancian entre sí una Ilustración católica y nacional, que tiene sus focos son Europa central y el mundo hispánico¹⁹⁶, otra irreligiosa y cosmopolita,

¹⁹¹ KELSEN, nota 30.

¹⁹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Reflexiones sobre la ley y los principios generales de derecho en derecho administrativo», en *Revista de Administración Pública* 40, Madrid 1963. El mismo, *Justicia y seguridad en un mundo de las leyes desbocadas*, Madrid 1999.

¹⁹³ WOLF, Ernst, «Die Krise des Rechtsstaat-Festvortrags des Jubilars», en LÜKE, nota 29.

¹⁹⁴ Ver nota 9.

¹⁹⁵ WISCHINSKY nota 33. BOVARD nota 9.

¹⁹⁶ Sobre la Ilustración católica y nacional, MERKLE, Sebastian, *Die Katholische Beurteilung des Aufklärungszeitalter*, Berlín 1909. El mismo, *Die Kirchliche Aufklärung in katholischen Deutschland*, Berlín 1910. MONCADA, Luis Cabral de, *Italia e Portogallo nel settecento*, Roma 1949. Ahora en el mismo, *Estudios de Historia do Direito* 3, Coímbra 1950. WANDRUSZKA, Adam, «Il reformismo cattolico del settecento in Italia ed Austria», en: *Storica e politica* 3-4, 1965.

cuyo epicentro es Francia¹⁹⁷ y otra práctica, más bien indiferente en materia religiosa, de los países de habla inglesa, para los cuales las creencias y la patria son cosas más bien privadas¹⁹⁸. Todas comparten la confianza en el poder de la razón para transformar el mundo y hacer a los hombres más felices. Sin embargo, entienden de distinto modo esta ampliación de los fines del gobierno, más allá de mantener la paz y la justicia, para abarcar también lo que entonces se denominaba *policía*¹⁹⁹, de suerte que terminar enfrentadas entre sí.

En Europa central y el mundo hispánico, espíritu reformador e ideal católico y nacional van unidos. La crítica a la Iglesia, no pone en duda la Revelación divina, sino que se dirige contra la credulidad y las supersticiones que la deforman, así como contra abusos disciplinares o prácticos. Del mismo modo, en

El mismo, «Die Katholische Aufklärung Italiens und ihr Einfluss auf Österreich», en: KOVACS, Elisabeth (ed.), *Katholische Aufklärung und Josefinismus*, München, 1979. VENTURI, Franco, *Settecento riformatore*, Turín 1969. PLONGERON, Bernard, «Recherches sur l' Aufklärung catholique en Europe occidentale 1770-1830», en *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 16, 1969. MARAVALL, José Antonio, *Estudios de la historia del pensamiento español del siglo XVIII*, Madrid 1991. HESPANHA, António, *La gracia del derecho*, Madrid 1993. KLUETING, Harm, (ed.) *Katholische Aufklärung-Aufklärung in katholischen Deutschland*, Hamburg 1993. WHITAKER, Arthur P., (ed) *Latin America and the Enlightenment* 1942. GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo, *El misonéimo y la modernidad cristiana en el siglo XVIII*, México 1948. GÓNGORA DEL CAMPO, Mario, «Estudios sobre el galicanismo y la Ilustración católica en América española», en: *Revista Chilena de Historia y Geografía* 125, Santiago 1957. El mismo, «Aspectos de la Ilustración Católica en el pensamiento y vida eclesiástica chilena (1770-1814)», en: *Historia* 8, Santiago, 1969, ahora ambos en: El mismo, *Estudios de Historia de las ideas y de historia social*. Valparaíso 1980. KRAUSS, Werner, *Die Aufklärung in Spanien, Portugal und Lateinamerika*, Munich 1973. RÍPODAZ ARDANAZ, Daisy, *El Obispo Azamor y Ramírez. Tradición cristiana y modernidad*, Buenos Aires 1982. BRAVO LIRA, Bernardino, «Feijóo y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa», en: *Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas* 22, Colonia-Viena, 1985. El mismo, «Verney y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa», en *Historia* 21, Santiago 1986. SEELANDER, Airton L. Cerqueira, *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre*, Francfort a M 2003.

¹⁹⁷ CASSIRER, Ernst, *Filosofía de la Ilustración* (1932), trad. castellana, México 1943. GAY, Peter, *The Enlightenment. An interpretation*. 2 vol. 1. *The rise of modern paganism*, 2. *The science of freedom*, Londres, 1966-1969 y JÜTTNER, Siegfried y SCHLOBACH, Jochen, (ed.) *Europäische Aufklärung(en)*. Hamburgo 1992.

¹⁹⁸ BURKE, Edmund, *Reflexiones sobre la revolución francesa* (1790), Madrid 1954, Edmund Burke and the Revolt against the Eighteenth Century, Londres 1960. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Der Verfassungsbegriff in der deutsche Staatslehre der Aufklärung und der Historismus*, Berlín 1967; Gay, nota 196. BAHATEC, Josef, «Menschen und Bürgerrechte in der englischen Publizistik»; en SCHNUR, Roman(ed.) *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*, Berlín 1986.

¹⁹⁹ HESPANHA, «Poder...» nota 8. JÜTTNER, y SCHLOBACH, nota 196. SCHIERA, Pierangelo, «Disciplina, Stato moderno, disciplinamento: considerazioni a cavallo fra la sociología del potere e la storia costituzionale»; en PRODI, Paolo (ed) *Disciplina dell'anima e disciplina della società tra medioevo ed età moderna*, Bolonia 1994; STOLLEIS, Michael, (ed.) *Policey im Europa der frühe Neuzeit*, Frankfurt a. M. 1996. BLICKE, Peter, «Gute Polizei oder Sozialdisziplinierung»; en MAIER, Hans, *Festschrift zum 65. Geburtstag*, Paderborn-Munich-Viena-Zürich 1996 y observaciones de DINGES, Martin, «Policeyforschung statt Sozialdisziplinierung» en *Zeitschrift f. Neuere Rechtsgeschichte* 3-4, Viena 2002. REINHARD, nota 9. Traverso, id. BENEDISCTIS, Angela de, *Politica, governo e istituzioni nell'Europa moderna*, Bolonia 2001. COSTA, Pietro y ZOLO, Danilo, (eds.) *Lo Stato di diritto*, Milán 2003, 93-94. SIMON, vid. nota 5.

materias profanas, junto con fomentar los adelantos científicos y técnicos, se renuevan con sentido nacional el propio derecho e instituciones y se fomentan en general, los recursos y la prosperidad del país. En cambio, la meta de los enciclopedistas en Francia es disociar el más acá terreno del más allá ultraterreno, a fin de liberar al hombre de sus creencias y de su pasado, y dejarlo sometido únicamente a los dictados de la razón, vale decir, de los llamados filósofos.

Distinto es el caso de los países de habla inglesa. Ahí la religión no es ni rechazada ni reconocida. Se mira como cosa privada. Se habla más bien de creencias. Esta indiferencia frente a ellas permite, centrar la vida pública en otras cosas, como el individuo y sus derechos, que solían compendiarse en la trilogía *life liberty and state* ²⁰⁰. De hecho estos bienes terrenos, pasan a ser lo único sagrado e intangible. A la hora de realizar los ideales de la Ilustración, el sentido práctico anglosajón, procura evitar los trastornos sociales, más que nada en atención a los propietarios. Más importante que esos ideales es la estabilidad, política y la tranquilidad económica. Ni reformas ni revolución, pero tampoco inmovilidad. No conviene provocarse problemas por otros asuntos, aunque eso signifique discriminación contra los católicos en Inglaterra o la esclavitud de los negros en Estados Unidos. En suma, si las otras vertientes de la Ilustración brillan por sus realizaciones, esta brilla por su modo de realizarlas, con un mínimo de costo. Como observó Chaunu, a diferencia de Francia, Inglaterra no necesitó de una revolución para transformarse en un país moderno ²⁰¹.

El distanciamiento entre las distintas vertientes de la Ilustración abarcó un amplio espectro, desde las creencias y tradiciones, hasta las ciencias y la técnica. Sus repercusiones prácticas fueron inmensas. En especial porque coincidieron con la industrialización que, dentro de un plazo comparativamente breve, cambió radicalmente las condiciones generales de vida y la posición relativa de las potencias. Mientras Inglaterra y Francia tomaron la delantera, tras su independencia los Estados sucesores de las monarquías española y portuguesa, pasaron a ocupar un lugar de segunda y tercera categoría.

RELACIÓN ESTADO-DERECHO

El Estado de derecho se halla en el centro de las tensiones desatadas por la Ilustración en Europa y en Iberoamérica. En estas condiciones sus variantes se multiplican. No es posible examinarlas una a una, sobre todo porque su gama es enormemente dispar. A tono con las directrices dominantes de la Ilustración, se perfilan diversas constituciones, una propia, como es la jurisdiccional, fundada en instituciones y vigente desde hacia siglos en Europa e Iberoamérica y también en Inglaterra, y otra cosmopolita, producto de la Ilustración, escrita, cuyos modelos son las de los Estados Unidos y Francia. El panorama de sus encuentros y desencuentros da para mucho.

²⁰⁰ Nota 179.

²⁰¹ CHAUNU, Pierre, *Le grand déclassement*, París 1989.

Aquí sólo cabe apuntar que a lo largo de la Modernidad ilustrada se perfilan claramente tres grandes áreas, contrapuestas entre sí. Por un lado, los promotores de la constitución escrita, por otro, un núcleo de países con un Estado de derecho propio, como los europeos y los hispanoamericanos, que, por lo mismo, tuvieron las máximas dificultades para conciliar su constitución jurisdiccional con una constitución escrita. Por otro lado, una vasta y variada periferia, formada por pueblos de fuera de Europa y de Hispanoamérica, que no conocían el Estado de derecho y, por ende, tuvieron menos problemas para adoptar una constitución escrita.

Los grandes modelos fueron el *rule of law* inglés y el *règne de la loi* ilustrado. Mientras el *rule of law*, surge como ejemplo durante el siglo XIX, pero sucumbe en la década de 1920 frente a la avalancha de la legislación, el *règne de la loi*, reemplaza la primacía del derecho sobre el poder por una autolimitación del propio Estado, cuyo precio es la estatalización del derecho y cuyo resultado es un Estado totalitario, duro o blando.

Frente la capacidad de renovación de una constitución no escrita como la inglesa y a la tendencia absorbente de las constituciones escritas, el mundo hispánico es un caso aparte. Ofrece un ejemplo de sentido práctico en la protección a las personas y de resistencia –*hoyo negro*– frente a las construcciones y abstracciones del racionalismo europeo²⁰². Pero su historia es accidentada. Parece descomponerse en tres actos: después de alcanzar un punto culminante en la segunda mitad del siglo XVIII, el Estado de derecho se sume en una crisis a lo largo del siglo XIX, de la que sólo hay a partir de la década de 1920 signos de recuperación.

En suma, la suerte del Estado de derecho bajo la Modernidad ilustrada, está ligada en último término a la relación entre Estado y derecho. Si el derecho se mantiene por encima del Estado, también lo está la protección a las personas y a sus bienes. Tal es el caso del Estado jurisdiccional hispánico o inglés, donde en la medida en que el derecho conserva esta primacía sobre el poder, sustenta otros múltiples poderes que se interponen entre gobernantes y gobernados. Por el contrario, en el *règne de la loi*, el Estado constitucional se sitúa derechamente por encima del derecho. No puede ser de otro modo, ya que, se basa en una contraposición entre Estado y sociedad civil *sine imperio*, que sólo puede imponerse y mantenerse por un Estado y por una ley que estén por encima del derecho. Bajo estas condiciones, sin poderes que se interpongan entre ellos y el Estado, a los gobernados no les queda más que la sumisión incondicional, cuya expresión más cabal es el Estado totalitario.

(I) Primera vertiente: Estado de derecho hispánico, apogeo, crisis y recuperación

A lo largo de la Modernidad ilustrada el Estado derecho discurre en el mundo hispánico bajo el signo de una modernización impulsada desde arriba, una constante a lo largo de estas dos centurias. En el curso de ellas, cabe hablar de tres etapas apogeo bajo la monarquía ilustrada, descomposición de la monar-

²⁰² STEGER, nota 37.

quía múltiple y de sus Estados sucesores y al cabo de un siglo, recuperación con el *Estado novo*. En éste de apogeo, crisis y una de recuperación.

Movidos por las minorías ilustradas, los gobernantes se sintieron llamados a imponer desde arriba al grueso de los habitantes. La modernización Las reformas comprendieron desde educación popular, fomento económico, mejoramiento de las condiciones de vida, hasta todo un aparato administrativo, de oficinas, instituciones, obras públicas, sin olvidar el derecho escrito, que se sistematizó en códigos y constituciones. Se trata de transformaciones de largo alcance que se llevaron a cabo en momentos y bajo condiciones muy dispares.

APOGEO DEL ESTADO DE DERECHO: JUDICATURA Y ADMINISTRACIÓN

La primera etapa se abre bajo el impulso nacional de las monarquías ilustradas. Su empeño por resurgir y acortar la distancia que las separaba de las potencias más avanzadas, les lleva a ampliar la acción del Estado de Derecho. La renovación del mismo comprende dos directrices principales. Por una parte se ensanchan los fines del gobierno, más allá de los antiguos deberes del monarca, a la justicia se anade la policía o preocupación por la felicidad de los gobernados. Paralelamente, se potencia la protección de los vasallos frente a los abusos de gobierno.

La nueva imagen del rey gobernante de la Ilustración, promotor de la felicidad de sus vasallos, no elimina la imagen milenaria del *rey justiciero*, encargado de mantenerlos en paz y en justicia. Después de todo, exigencia primaria de su felicidad es el tranquilo disfrute de lo suyo. Dentro de esta línea, bajo la monarquía ilustrada asistimos a un perfeccionamiento de los antiguos medios de protección de las personas, en particular, frente a los posibles abusos de los agentes del poder, en estos tiempos de expansión del Estado²⁰³. Al efecto se los perfecciona y hace más eficaces, de acuerdo con las exigencias críticas de la razón. El Estado de derecho alcanza así su plenitud.

En rigor, estos cambios, no suponen una ruptura del Estado jurisdiccional, sino más bien su reforma. En virtud de ella se transforma en un Estado modernizador, que no es sino una versión corregida y ampliada del anterior. La clave del mismo es una administración estatal, compuesta por oficinas, cuyo personal, en lugar de desempeñarse según su leal saber y entender, al modo de los antiguos oficiales, dotados de competencia propia, se desempeña bajo la dirección y subordinación disciplinaria de un jefe, quien, a su vez, depende en últi-

²⁰³ *Instrucción para substanciación de causas criminales del presidente Ambrosio O'Higgins*, Santiago 26 agosto 1796, fundada, entre otras cosas en «la proveída y paternal atención que le merecen al soberano hasta los más desvalidos de sus vasallos» Texto en CORVALÁN Jorge y CASTILLO, Vicente, *Derecho procesal indiano*. Santiago. 1951, 413 y ss. BRAVO LIRA, nota 73.

mo término de un secretario o ministro del ramo respectivo²⁰⁴. Puntales de esta nueva administración fueron los ministerios e intendencias.

Estas transformaciones del Estado se llevaron a cabo, paralelamente, en los dos niveles de la monarquía múltiple: el gobierno de toda monarquía y el de cada uno de los reinos que la componían. De esta manera en ambos se reemplazó, el antiguo gobierno por consejo por el nuevo gobierno por ministerios. Al respecto, se ampliaron los poderes y medios de acción del presidente. Apareció así la figura del presidente gobernante, que une al mando político y militar, un conjunto de oficinas bajo su dependencia. De esta manera, el gobierno por consejo, que tenía por meta el acierto y por cometido primordial dirigir al bien común, dejó paso al gobierno por ministerio, cuya meta es la eficacia y cuya misión consiste en transformar las condiciones de vida de la población²⁰⁵. Todo lo cual persiste hasta ahora en los Estados sucesores, de cuya constitución la Administración es hasta ahora la parte más sólida e indiscutida por encima de todas las variaciones de las constituciones escritas de los siglos XIX y XX.

BINOMIO AUDIENCIA-PRESIDENTE

No menos relevante es la otra cara de esta transformación del Estado. Junto con la formación de la administración se fortaleció frente a ella la judicatura. Al mismo tiempo que se potenció el papel del presidente, se reforzó el de la audiencia como garante del derecho. Lo cual no pudo menos que extender y dar mayor eficacia al dualismo gobierno-audiencia y la protección de los gobernados contra los abusos de poder, clave del Estado jurisdiccional.

Ante todo, se instituyó en 1776 un regente de ella, encargado de velar por la efectividad de las apelaciones contra actos de gobierno. Con ello se consiguió hacerlas operantes en Perú y en México, donde hasta entonces, no lo habían sido demasiado. Puede decirse que de esta forma, el régimen virreinal llega a su apogeo²⁰⁶. Concilia la eficacia del gobierno con la protección judicial de los gobernados, lo que constituye la clave de un Estado de derecho.

²⁰⁴ ESCUDERO, José Antonio, *Los secretarios de Estado y del Despacho*, 4 vols., Madrid 1969. El mismo, *Los orígenes del Consejo de Ministros en España. La Junta Suprema de Estado*, 2 vols. Madrid 1979. MARILUZ URQUIJO, José María, *Orígenes de la burocracia rioplatense. La secretaria del virreinato*, Buenos Aires, 1974. El mismo, *El agente de la administración pública en Indias*, Buenos Aires, 1998. BRAVO LIRA, Oficio... nota 6. El mismo, *Historia de las Instituciones...*, nota 8. WEHLING, Arno y WHELING, María José, *Administração portuguesa no Brasil de Pombal a D. João, 1777-1808*, Brasília, 1986. Los mismos, nota 87. ARNOLD, Linda, *Beaurocraty and Beauocrats in Mexico City, 1742-1835*, Arizona, 1988, trad. castellana México 1991. SOLÍS DE OVANDO, Joaquín, «La secretaria de gobernación en Chile, orígenes y organización institucional», en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 18, Santiago 1999-2000.

²⁰⁵ BRAVO LIRA, Bernardino. «Del Estado modernizador al Estado subsidiario. Trayectoria institucional de Chile 1891-1995», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 1995.

²⁰⁶ SÁNCHEZ BELLA, nota 110. Las audiencias y el gobierno de las Indias (siglos XVI y XVII) en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 2, 1977, ahora en su *Derecho indiano*, nota 8. BRAVO LIRA, Bernardino, «Protección jurídica de los gobernados frente a los gobernantes en el

Con el regente se dio un paso más en la separación entre Judicatura y Gobierno. El Presidente mantuvo el título de tal, pero la dirección de los trabajos de la Audiencias recayó sobre el nuevo magistrado. En sus instrucciones se consultan medidas muy concretas: «tomará razón semanalmente o con menor dilación, si le pareciere, de los presos que hubiere en la cárcel por orden del virrey o presidente; y no siendo de los que notoriamente gozan el fuero militar, no se les rematará a presidio ni otra pena corporal por vía de providencia, pues deberá recoger los autos del gobierno y pasarlos a la sala del crimen para su reconocimiento y aprobación, según su naturaleza y lo que exija la justicia; y cuando no se aprueben por la sala las determinaciones del virrey o presidente, se lo manifestarán al regente a fin de que las moderen o revoquen»²⁰⁷.

Principalísimamente se encarga al regente velar por la eficacia de la apelación a la Audiencia contra los actos del gobierno «apartando cualquier motivo de temor que intimide a las partes para dejar de seguir su derecho»²⁰⁸. Esta preocupación por hacer accesible el recurso a cualquier agraviado por el gobierno, dio motivo a varias otras disposiciones en 1778, 1782, 1788, 1797 y 1806²⁰⁹. Con notoria prolijidad se afina en las tres décadas siguientes este recurso. Al efecto se distingue entre materias de gobierno y de justicia. En 1778 se prohibió al virrey o gobernador someter al voto consultivo de la Audiencia, asuntos que podían ser objeto de apelación ante ella. Sin duda se quería prevenir posibles recusaciones contra sus ministros. Pero la medida perjudicó el otro papel de la Audiencia como cuerpo consultivo. En consecuencia, se la dejó sin efecto en 1782, no sin aclarar que los ministros no se inhabilitarían por sus dictámenes para conocer las apelaciones que interpusieren las partes²¹⁰.

Por real cédula de 1788 se aprobó la práctica, introducida desde antigua data, de solicitar la venia al virrey o presidente, antes de apelar contra actos de gobierno. Oído su asesor, éste solía denegarla cuando aparecía manifiestamente improcedente y no tenía otro objeto que dilatar el cumplimiento de lo resuelto. Pero, en 1797 la dejó sin efecto y restituyó a los agraviados la facultad de ocurrir directamente a la Audiencia²¹¹.

Finalmente en 1806 se intenta compaginar la agilidad que requieren los actos de gobierno con la protección a los vasallos. Al efecto se establece que, en caso de duda acerca de si un asunto es de gobierno o de justicia, corresponde al presidente decidir. Si lo declara de justicia, cabe apelación inmediatamente.

Nuevo Mundo 1492-1992. Del absolutismo al constitucionalismo» en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 16, Santiago, 1991. El mismo, nota 53. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, «La fiscalización de los actos de gobierno en la época india y su desaparición durante la república», en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos* 15, 1992-1993.

²⁰⁷ *Real instrucción 20 junio 1776*, 28. Texto ed. SALVAT MONGUILLOT, Manuel, *Revista Chilena de Historia del Derecho* 3 (Santiago) 1964; BRAVO LIRA, Bernardino, *Historia de las instituciones...*, nota 8. El mismo, nota 206.

²⁰⁸ *Ibid.*, 41.

²⁰⁹ *Reales cédulas* 29 agosto 1778, 23 diciembre 1782, 19 mayo 1788, 1797 y 29 agosto 1806. MUÑOZ FELIÚ, nota 88, esp. p. 105 y ss.

²¹⁰ *Real cédula*, 28 agosto 1778 y 23 diciembre de 1782. MUÑOZ FELIÚ, nota 88.

²¹¹ *Real cédula*, 19 de mayo de 1788. MUÑOZ FELIÚ, nota 88.

Si lo declara de gobierno, no caben apelaciones de momento, pero sí desde que se adopte providencia definitiva o equivalente a definitiva. O sea, no se puede apelar en el curso de la tramitación el asunto, sino una vez que interviene resolución definitiva. Así pues, ni siquiera en materia de gobierno está excluida la apelación²¹².

PROTECCIÓN A LAS PERSONAS Y BIENES: EFICACIA PRÁCTICA

Dentro de la protección general a sus vasallos, el rey presta especialísima atención a dos puntos, libertad personal y juicio previo, cuyos antecedentes, al menos legales, se remontan al reino hispano-visigodo. Por real cédula de 1775 se mandó que «se arreglen las leyes en la formación de procesos criminales y no se cometan atentados de prender y sentenciar a ningún vasallo sin formar autos y oírle»²¹³. Las consecuencias de esta orden fueron múltiples.

En Chile se redactaron en 1778 una *Instrucción para la substanciación de las causas criminales*, que constituye un anticipo de la codificación del procedimiento penal y unas *Instrucciones para el alcaide de la cárcel de Santiago*, que le prohibió recibir en ella a preso alguno ni siquiera esclavo sin orden de autoridad competente²¹⁴.

Por lo que toca al honor, a fin de proteger la fama de las personas, se pena la impresión de papeles sin informe de los tribunales²¹⁵. Se regula, también, la constitución de asociaciones, como cofradías, hermandades y corporaciones²¹⁶.

La solicitud real se extiende hasta los últimos entre sus vasallos, los esclavos. Por real cédula de 1789, llamada *código carolino*, se manda a sus amos cuidar de su instrucción y atención religiosa, proporcionarles «los alimentos y vestuario que comúnmente usan los jornaleros y trabajadores libres», hacer trabajar sólo a los mayores de 17 años y menores de 60, en labores compatibles con su edad, sexo y robustez, determinadas horas por día, salvo domingos y festivos y castigarlos moderadamente. La injuria, herida o muerte del esclavo se pena igual que contra la persona de estado libre²¹⁷. Estas medidas de protección son operantes y confirman a los esclavos aspectos que ni siquiera se pro-

²¹² *Real cédula*, 29 de agosto de 1806. MUÑOZ FELIÚ, nota 88.

²¹³ *Real cédula 19 febrero 1775*. ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *La organización política argentina en el período indiano*, Buenos Aires 1959, cito 3ª. ed. 1967, 27.

²¹⁴ Ambas en CORVALÁN Y CASTILLO, nota 202.

²¹⁵ *Real cédula* 10 octubre 1792. Texto en *Archivo Nacional* (Chile) Real Audiencia, vol. 3.124 pza. 17 fs. 147.

²¹⁶ *Real cédula* 8 marzo 1791. Texto en *Archivo Nacional* (Chile) Capitanía General 740 fs. 55

²¹⁷ *Real Cédula* de 31 mayo 1789, en MATRAYA Y RICCI, Juan Joseph, *El Moralista Filalético Americano*, vol. 1, Lima, 1819; y en LEVAGGI, Abelardo, «La condición jurídica del esclavo en la época hispánica» en *Revista de Historia del Derecho* 1, Buenos Aires 1973. LUCENA SALMORAL, Manuel, *Los códigos negros de la América española*, Universidad de Alcalá 1996.

meten a los ciudadanos en la modesta *Declaración de derechos del hombre*, aprobada con gran alborozo en Francia unos meses después²¹⁸.

A uno y otro lado del Atlántico la doctrina se mantiene dentro de esta misma línea de protección concreta. Antes y después del surgimiento del *règne de la loi* y de las constituciones escritas, desde Feijóo hasta Bello los autores son unánimes al respecto. Algunos hablan de constitución política, al igual que De Lolme y otros, pero sin pensar que pueda ser escrita. Tal es el caso de los españoles Jovellanos y Villava, los portugueses Mello Freire y Ribeiro dos Santos y los americanos, Miranda y Mier.

Asimismo hablan de bienes y no de derechos y concretamente, de honor, vida y hacienda. Feijóo (1676-1764) presenta estos tres bienes como frutos de la paz, más bien que como derechos²¹⁹. León de Arroyal (1775-1813) en cambio, al finalizar el siglo XVIII, se levanta contra la convicción popular de que «el rey es señor de la vida, las haciendas y el honor»²²⁰. De su lado, Jovellanos (1774-1811) introduce una variante al afirmar que «los bienes naturales se pueden reducir a cuatro objetos: la vida, la fama, la hacienda y el placer»²²¹.

EL ESTADO MODERNIZADOR

Esta transformación de los fines y de las instituciones del Estado fue duradera. Abrió paso a una orientación absorbente que persistió hasta el ocaso de la Ilustración y el ideal modernizador en el siglo XX.

Junto con fortalecerse el poder estatal dieron comienzo a una progresiva expropiación de los otros poderes, el de la Iglesia y los inferiores. Se inició así la concentración de la actividad política en el gobierno y la minoría ilustradas, preludio de la contraposición Estado-sociedad. La colaboración entre los dos poderes supremos, Estado e Iglesia, persistió, pero se buscó restringir el poder universal del Papa en los reinos de la monarquía²²². Esta actitud es común a la Ilustración católica, desde Riegger y von Maritini en Viena, hasta Pereyra de Figueredo y Mello Freire en Portugal, Campomanes y Floridablanca en España y numerosos hispanoamericanos, como Justo Donoso y Francisco de Paula Vigil. Este regalismo sobrevivió largamente en los Estados sucesores de ambas monarquías, en los que imprimió un sello propio a las constituciones escritas, desconocido en las anteriores de Francia y los Estados Unidos²²³.

²¹⁸ Cfr. *Déclaration*, nota 24.

²¹⁹ FEIJÓO, Benito Jerónimo, *Cartas eruditas y curiosas*, vols.; Madrid. 1769-70, 3, Dedicatoria al rey.

²²⁰ ARROYAL, León de, *Cartas político-económicas al Conde de Lerena*, Madrid, 1878, 221-22. Hay ed. Antonio ELORZA, Madrid. 1968.

²²¹ JOVELLANOS, Gaspar Melchor de, «Memoria sobre educación pública...» en Rivadeneira (editor) *Biblioteca de Autores españoles*, vol. 46, 230 y ss., loc. cit. en 263.

²²² SÁNCHEZ BELLA, nota 110. DE LA HERA, nota 11.

²²³ GÓNGORA, nota 196. DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, «Regalismo y universidades en el Perú del siglo XIX» en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 23, Valparaíso 2001. MERELLO, Arecco, «El derecho de preentación en un canonista chileno del siglo XIX: Justo Donoso Vivanco» *Ibíd.*

Por otra parte el reverso de la política reformadora fue la resistencia que despertó en diversas partes, a veces con desusada violencia, como sucedió en Perú con Tupac Amaru, en el Alto Perú (Bolivia y en Nueva Granada (Colombia)²²⁴. En Chile el intento de implantar la recaudación directa de algunos impuestos despertó en 1772 gran resistencia. Entre otras cosas, se argumentó que el rey había tenido siempre en la hacienda de sus vasallos el recurso para hacer frente a las urgencias de la guerra contra los indios, sin que dichos vasallos hubieran sido entonces premiados por ello²²⁵.

No obstante, como lo muestran testimonios posteriores, la impresión general en los Estados sucesores de ambas monarquías fue sumamente positiva. Trancurridas más de dos décadas de su derrumbe, en Chile las figuras más destacadas coinciden en destacar su corrección y eficacia. Portales hace ver que «en España se ahorca al asesino y se ahorcaba en Chile cuando era colonia española, con las mismas leyes que hoy sirven para absolverlo o conmutarle la pena»²²⁶. El general Pinto, héroe de la independencia y dos veces presidente, anota en sus *Apuntes autobiográficos*: «los capitanes generales que conocí, todos, sin excepción eran hombres buenos, estimado y respetados por su probidad» y aclara que en el Chile de entonces, «nadie temía ser encarcelado ni expatriado por un abuso de autoridad»²²⁷. Bello, por su parte no oculta su admiración; «Hasta en las cosas materiales presenta algo de imperial y de romano la administración colonial de España. Al gobierno español debe todavía la América todo lo que tiene de grande y de espléndido en sus edificios públicos, Confesémoslo con vergüenza, apenas hemos podido conservar los que se erigieron bajo los virreyes y capitanes generales y téngase presente que para su construcción se erogaron con liberalidad las rentas de la corona y no se impusieron los pechos y trabajos forzados con que Roma agobiaba a sus provincias»²²⁸.

CRISIS DEL ESTADO JURISDICCIONAL: LAS DOS CONSTITUCIONES

La crisis del Estado de derecho en el mundo hispánico, es sin duda la etapa más difícil de su historia, difícil para los pueblos y difícil para sus historiadores, demasiado agitada y demasiado larga. Se abrió bruscamente a principios del siglo XIX, con el desmembramiento de las monarquías múltiples a consecuencia de la invasión francesa de Portugal en 1807 y de España en 1808.

²²⁴ Ver nota 44.

²²⁵ SILVA VARGAS, Fernando, *La Contaduría Mayor de Cuentas del Reino de Chile en Estudios de las Instituciones Políticas y Sociales* 2, Santiago 1967.

²²⁶ PORTALES, Diego, «Administración de justicia criminal», en *El Mercurio*, Valparaíso 17 de enero de 1832.

²²⁷ PINTO, Francisco Antonio, «Apuntes autobiográficos del General Don ...», en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 17, Santiago 1941.

²²⁸ BELLO, Andrés, «Investigaciones sobre la influencia de la conquista y del sistema colonial de los españoles en Chile» en *El Araucano*, Santiago, 8 y 15 de noviembre de 1844, ahora en sus *Obras completas*, 7.

Entre 1816-1826 las dos dejaron paso a una veintena de Estados sucesores, demasiado débiles y divididos entre sí, como para mantenerse entre las potencias mundiales. Este desenlace contrasta con la suerte de la monarquía austriaca, en el extremo opuesto de Europa, la cual, por el contrario, salió fortalecida y engrandecida del enfrentamiento con Francia. No sólo se mantuvo entre las grandes potencias por más de un siglo, hasta la guerra mundial 1914-1918, sino que llegó a ser un modelo de Estado de derecho multicultural y multinacional, al punto que actualmente se habla de ella como un anticipo de la Unión Europea del siglo XXI²²⁹.

La suerte de los Estados sucesores de las monarquías peninsulares fue completamente diferente. Según ha reconocido José María Portillo, lo peor no fue su desunión, sino la quiebra de la propia constitución²³⁰. Devorados por luchas intestinas, comenzaron a devorar sus propias instituciones. Opusieron a la multisecular constitución jurisdiccional, constituciones escritas de reciente factura, extrañas a su idiosincracia. Es decir, se comportaron como países nuevos, carentes de un modelo institucional propio y, por tanto, dependientes mentalmente de modelos extranjeros. Sin embargo, la realidad fue más fuerte. Estas constituciones escritas no consiguieron durar, en tanto que la jurisdiccional se resistió a morir.

Tal es el nudo de una crisis que, en líneas generales persiste hasta hoy. Desde entonces estos Estados se debaten entre dos constituciones, o, dicho de un modo más descarnado, viven bajo el desbordamiento de toda constitución, tanto de la jurisdiccional como de las escritas. Esta situación desembocó en una disociación permanente entre el país real de las instituciones y el país legal de las constituciones. Al respecto es significativo el hecho de que se hable de las dos Españas o de los dos Brasil²³¹. La raíz de esta rivalidad es la antinomia apego-desapego, vale decir, pasión por lo propio e indiferencia frente a lo importado.

DE LA LUCHA POR LA CONSTITUCIÓN A LA LUCHA POR EL PODER

Esta tensión, característica de los pueblos hispánicos, no se encuentran con la misma pasión en otras latitudes. Desde luego, cala más hondo que el plano teórico o institucional. Nadie lo comprendió mejor que Bello. Ya en la década

²²⁹ WANDRUSZKA, nota 39,1 prólogo. BÉHAR, nota 39. SOSA WAGNER, FRANCISCO y SOSA MAYOR, IGOR, *El Estado fragmentado. Modelo austro-húngaro y brote de naciones en España*, Madrid 2006.

²³⁰ PORTILLO VALDÉS, JOSÉ MARÍA, *Crisis atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la monarquía hispana*, Madrid 2006.

²³¹ Este lenguaje se emplea también en Italia, Francia y otros países europeos del siglo XIX. En el mundo hispánico hablan de las dos Españas en el siglo XIX, BALMES y DONOSO CORTÉS, y en el XX, BLASCO IBÁÑEZ y ORTEGA Y GASSET, así como el portugués FIGUEREIDO, FIDELINO, *Las dos Españas*, Santiago 1936. Cfr. CACHO VIU, VICENTE, «La imagen de las dos Españas» en *Revista de Occidente* 60, Madrid 1986. De los dos Brasiles habla MACIEL DE BARROS, R. S. *Directizes e bases da educação nacional*, Sao Paulo 1960. Posteriormente hacen suya la expresión historiadores como GARCÍA ESCUDERO, JOSÉ MARÍA, en las últimas ediciones de su obra *Historia política de las dos Españas*, 4 vols. Madrid 1976 y JULIÁ, SANTOS, *Historia de las Españas*, Madrid 2004.

de 1830, advirtió que esta toma de posición frente a las dos constituciones lejos de ser pasajera era algo vital, ligado al ser y al modo de ser de estos pueblos. Lejos de ser cuestión de gustos o de opiniones, responde a algo más profundo. Conforme a este sentir, media un abismo entre disponer de lo propio, conforme a la constitución jurisdiccional y meterse en lo ajeno –por la vía de una participación en el gobierno– conforme a las constituciones escritas.

Bello, siempre mesurado, no vacila en calificar esta distancia de infinita: «Los pueblos son menos celosos de la conservación de su libertad política que de la de sus derechos civiles: los fueros que los habilitan para tomar parte en los negocios públicos, les son infinitamente menos importantes que los que aseguran su persona y sus propiedades». «Cualquier obstáculo, pues, que impida el ejercicio de nuestra libertad civil, cualquier ultraje a ella nos son infinitamente menos llevaderos que las trabas con que se encadene nuestra libertad política; y las leyes protectoras de aquéllas producen un bien a que damos mil veces más valor que al que resulta de las que protegen a la segunda»²³².

Esta es, a su juicio, la clave del problema. El conflicto entre las dos constituciones responde a una postura vital, que se traduce en apego-desapego. Entre los hispanos, las preferencias van del lado de los bienes de las personas y no de las constituciones escritas y su andamiaje institucional. Por eso, bajo las constituciones escritas, desaparece la lucha masiva y efectiva de la población a favor de la jurisprudencial, al grito *viva el rey, muera el mal gobierno* y aparece una lucha por el poder entre las distintos sectores de la oligarquía. Un paso más en el análisis, es comprobar que, salvo algunas individualidades, estos pueblos carecen del más mínimo sentido cívico, entendido al modo usual allende los Pirineos. Ni defienden ni respaldan como cosa propia el aparato institucional de la constitución escrita, los gobiernos elegidos, los parlamentos o el sufragio. En esto radica cabalmente la gran diferencia entre las dos constituciones.

Nada deja ver mejor la hondura de la crisis del Estado modernizador que este vuelco. Por tener su raíz en el sentir hispánico, la crisis se vuelve tan inamovible como él. Casi dos siglos han transcurrido y su actitud frente a las dos constituciones no parece haber cambiado mucho. Las encuestas confirman una y otra vez su desapego frente al andamiaje de las constituciones escritas. En cambio, tanto su pasión por los bienes de la persona como su indiferencia frente a los derechos individuales siguen intactas. Lo mismo vale para su inclinación al gobierno y su indiferencia respecto al parlamento y para su apego a la disposición de lo propio frente a su indiferencia por las elecciones y todo lo que sea ir a meterse en lo ajeno. Por lo que toca a los partidos políticos, algunos como Leal, estiman que su rechazo se ha vuelto irremediable²³³. Si hay una constante es la poca importancia que se da a los deberes cívicos, desde participar en las elecciones hasta participar en el gobierno, todo lo cual se abandona sin más, como cosa ajena, a una *Nomenklatura* partidista.

²³² BELLO, nota 27.

²³³ LEAL, nota 28.

DESGOBIERNO Y ANARQUÍA

La fase de resurgimiento de ambas monarquías y de apogeo del Estado modernizador se cerró en 1808. Se abrió, en cambio, una etapa en la que nada tuvo duración ni estabilidad ni los gobiernos, fueran civiles o militares, constitucionales o dictatoriales, cuya permanencia se tornó eminentemente precaria; ni las constituciones escritas, que se desecharon una tras otra; ni tampoco la legitimación *a posteriori* de los cambios políticos violentos o irregulares, mediante constituciones o elecciones, que, bastaba otra elección más u otra constitución para anular; ni en fin, la seguridad de las personas y los bienes que quedaron a merced de los vaivenes de los gobiernos y los partidos. No sin deconcierto se habla al respecto de *anarquía hispanoamericana*, pero en rigor, este espectáculo es común a los países hispánicos de uno y otro lado de Atlántico, como lo muestran los pronunciamientos –veinticinco sólo en Portugal entre 1860 y 1926– y las dictaduras o *dictablandas* en la España y el Portugal de los siglos XIX y XX.

El curso histórico de la crisis está por reconstruir. No es fácil hacerlo. Se entrecruzan múltiples factores. En todo caso, cabe examinar las alteraciones que por efecto suyo experimenta el Estado modernizador. Son fundamentalmente ajustes y reajustes de orden institucional que se producen a partir de 1808. Al respecto pueden distinguirse diversos niveles. En primer término, tenemos un núcleo duro del Estado modernizador, de origen borbónico, constituido por las oficinas, los ministerios, las intendencias y en general el gobierno por ministerios que no solo sobrevivió, sino que pasó a ser su parte más sólida y duradera. Ligado al núcleo duro está la pluralidad de poderes, dos supremos y otros menores, que se resiste a desaparecer. En tercer lugar, el epicentro de la crisis puede localizarse en la desaparición de la monarquía y el estallido de la lucha por el poder en el seno de la oligarquía. Con ello se hunde el régimen de gobierno y el binomio Audiencia-Presidente deja paso a la monocracia.

A partir de entonces todo fue diferente. Al favor de la crisis, se impusieron la oligarquía y la monocracia. El Estado modernizador subsistió, pero dentro de este nuevo marco: sin régimen de gobierno, que hasta ahora ni ha podido ser reemplazado, salvo algún caso, y bajo una monocracia, que se impuso de hecho y termina por convertirse en una segunda naturaleza. En estas condiciones, Estado modernizador apeló a la monocracia, sostenida por los ministerios e intendencias y a la Iglesia para enfrentar la lucha de la oligarquía por el poder. En medio de la inestabilidad reinante, la seguridad y la protección a las personas llevaron la peor parte. Una constante a lo largo de la crisis, son los intentos de implantar en estos países constituciones escritas, al modo de Francia y de los Estados Unidos.

MONARCA Y ESTADO

La crisis tuvo su punto de partida en el cautiverio de Fernando VII. Este hecho desencadenó una reacción de fidelidad en toda la monarquía. No obstante,

provocó una ruptura del vínculo entre el Príncipe y el Estado, que nunca más volvió a restablecerse. El Estado del Príncipe se transformó en un Estado-institución, del cual el monarca pasó a ser nada más que una parte, importante, pero parte al fin. En adelante el rey por la gracia de Dios, situado por encima del Estado, como titular único e indiscutido del poder, dejó paso a un modesto jefe del poder ejecutivo, hereditario o temporal, sin más poderes que los que se les reconozcan como tal²³⁴.

La única excepción fue Brasil, donde el emperador Pedro I, atajó este *capitis deminutio*. Además del poder ejecutivo, se le declaró oficialmente como garante del régimen instituido. Al efecto se le reconoció un poder moderador y la calidad de jefe supremo de la nación, que pronto se atribuyó también al Presidente en Chile, quien la retuvo hasta 1980, y medio siglo después al de Argentina, quien la mantiene hasta hoy.

Sin un monarca que, la mantuviera fuera del alcance de los poderosos, la constitución jurisdiccional se desajustó, como una orquesta sin director. No hubo nadie que se interpusiera entre los poderosos y los débiles, como a menudo debió hacerlo la monarquía en América, ni tampoco nadie que hiciera valer los fines supremos y permanentes del Estado frente a la oligarquía gobernante. En una palabra, no hubo nadie que velara por la unidad de fines y de medios de acción del Estado²³⁵.

FIN DEL RÉGIMEN DE GOBIERNO

Primera manifestación de este vacío fue el hundimiento del régimen de gobierno imperante hasta 1808. Abruptamente llegaron a su fin tres siglos durante los cuales estos pueblos se habían acostumbrado, a que sus gobernantes se sucedieran y se desempeñaran ordenadamente en el poder, conforme al *si recte facias*. En adelante, esto ya no se volvió a ver, más que por excepción. Antes bien todo se hizo *de facto*, al compás de la lucha por el poder entre las distintas facciones de la oligarquía.

Todo el mundo hispánico se sumió en el desgobierno y la anarquía, de los que ha costado salir. De hecho, de ninguno de los Estados sucesores de las dos monarquías puede decirse que en estos doscientos años haya vuelto a tener un régimen de gobierno, cuyos hombres estén acostumbrados a sucederse orde-

²³⁴ MARTIRÉ, Eduardo, 1808. *Ensayo histórico-jurídico sobre la clave de la emancipación hispanoamericana*, Buenos Aires, 2001. *Constituição política do imperio do Brasil 1824*, art. 103. BUENO, José Antonio Pimenta, *Direito Público brasileiro do Imperio*, Río de Janeiro 1857. En Chile, *Constitución de 1833*, art. 80 y *Constitución política de 1925*. *Constitución de Argentina de 1860*, art.86, 1. BRAVO LIRA, nota 187.

²³⁵ Sobre la monarquía y su propiedad de sustraer el poder a manos de los poderosos, BERNATZIK, Edmund *Republik und Monarchie*, Tubinga 1919. FARCASANU, Mihail, *Ueber die geistesgeschichtliche Entwicklung der Monarchie*, Wuerzburg 1938. DREITZEL, Horst, *Monarchiebegiffe in der Fuerstengesellschaft*, 3 vols. Colonia-Weimar-Viena 1991. KIRSCH, Martin, *Monarchie und Parlament im 19 Jahrhundert* Gotinga 1999.

nadamente en el mando y a ejercerlo en forma regular y previsible. Salvo dos o tres excepciones, todos los conatos abortaron a poco andar. No subsistieron siquiera medio siglo, lo mínimo que cabría esperar si se habla de régimen²³⁶.

Las excepciones corresponden al *Scheinkontitutionalismus*. En primer término a la monarquía en Brasil, Su constitución que rigió desde 1824 hasta 1889, fue la primera que duró más de medio siglo en el mundo hispánico y su parlamento, que sesionó normalmente desde 1826 hasta el fin del imperio en 1889, fue también un caso único. Otra excepción fue la república de Chile. Su constitución de 1833 rigió hasta 1925 y su parlamento sesionó regularmente desde 1830 hasta 1925. Entonces había llegado a ser el más antiguo del mundo en funciones después del inglés y del estadounidense. Un tercer caso fue el de Argentina que mantuvo desde 1861 hasta 1930 una constitución y un parlamento vigentes.

En general las oligarquías, tanto en América como en la Península, permanecieron fieles al ideal modernizador de las monarquías reformadoras. Utilizaron y ampliaron el Estado de oficinas para llevarlo adelante. Por eso, sobrevivieron sus instituciones, aun en medio del desgobierno. Pero en manos de la minoría dirigente, el Estado modernizador perdió empuje y eficacia. Cambió de signo. Se demolieron poco a poco los fines del Estado y se los reemplazó por fines partidistas. La trilogía Dios-rey-patria se disolvió en la disputa entre confesionalidad y aconfesionalidad del Estado, gobierno nacional y gobierno de partido, ley o contrato como reguladores de las relaciones económico sociales.

El Estado y sus instituciones se transformaron más temprano o más tarde en botín e instrumento de los bandos y partidos. Este gradual deslizamiento, no pudo menos que erosionar los cimientos de la constitución jurisdiccional. La modernización se vio frenada por la inestabilidad de los gobiernos, que hizo imposible toda política de largo alcance, y por su subordinación a los intereses de la oligarquía, cuya posición dominante se cuidó de no comprometer. Esto dio lugar a una forma de modernización tradicional, como se la ha llamado, moderada por esa preocupación de no afectar a los dueños del poder. Este deterioro del Estado resultó tanto o más notorio, cuanto que coincidió con un aumento de la distancia entre los países hispánicos y las potencias industrializadas²³⁷.

²³⁶ Sobre la distinción entre régimen de gobierno, gobierno y desgobierno, esp. BRAVO LIRA, Bernardino: *Gobierno y régimen de gobierno en Chile. De Portales a Pinochet*, Santiago 1985. El mismo, «Constantes y variantes en el régimen de gobierno de Chile (1790-1990)». Del advenimiento de Carlos IV a la ascensión de Aylwin, en *Revista de Derecho Público* 50, Santiago 1991.

²³⁷ Acerca de la industrialización en Inglaterra y Francia, hay una bibliografía abundante y dispar. BAIRROCH, Paul, *Révolution industrielle et sous-développements*. París, 1963, trad. castellana, México 1967, esp. Anexo histórico 231 s.s. Para los países hispánicos y centroeuropeos, una aproximación, BRAVO LIRA, Bernardino, «América en la Historia mundial. Su lugar en el mundo moderno unificado bajo la preponderancia europea» en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 100, Santiago 1989.

QUIEBRA DE LA CONSTITUCIÓN JURISDICCIONAL

Sin embargo, la quiebra de la constitución jurisdiccional no provino de este desajuste originado por las oligarquías, sino de la ruptura del binomio Audiencia-Presidente. En la península permaneció en cierto modo velada porque el monarca se mantuvo como jefe de Estado, en América, en cambio, quedó a la vista el choque entre las dos constituciones. Se suprimió el papel de la Audiencia como garante del derecho, a través de su doble competencia, desconocida en Europa y en los Estados Unidos, a saber, consultiva en materias de gobierno y protectora de los gobernados. Desde entonces la Judicatura quedó confinada a las materias civiles y criminales, lo que concuerda con teoría ilustrada de la separación de poderes.

Ahora bien esta ruptura tuvo efectos inesperados. No sólo trastornó la constitución jurisdiccional, tanto en lo que toca al gobierno y como a los gobernados, sino que abrió en estos países un vacío institucional que fue llenado por la monocracia presidencial. En efecto, bastó con que se impidiera a la Judicatura interponerse entre unos y otros, para que los gobernados quedaron indefensos frente al presidente y el presidente libre de toda limitación judicial y consultiva.

A partir de entonces, desapareció la posibilidad de contrapesar el aumento de poderes del presidente, como se había hecho en el apogeo del Estado modernizador, con el fortalecimiento de la protección judicial de los gobernados contra abusos de gobierno. Por el contrario a la transformación del presidente gobernante en monocrático correspondió un debilitamiento y desaparición de los recursos judiciales contra actos de gobierno. Ésta pasó a ser una constante a lo largo de los dos siglos de crisis del Estado modernizador.

La realidad fue más fuerte que las teorías. Eliminada la dualidad audiencia-presidente, la figura del presidente monocrático se impuso por sí misma. Como tal, no tardó en convertirse en el único contrapeso capaz de hacer valer los intereses del Estado, en medio de la lucha por el poder, entre los diversos sectores de la oligarquía. En estas condiciones, respaldado por la administración subordinada a él —ministerios, intendencias y oficinas—, pasó a ser el elemento más estable dentro del Estado modernizador. Lo que le permitió presentarse como el guardián del orden. Desligado de toda limitación judicial o consultiva, como la que antes ejercía la audiencia, nadie pudo disputarle esta preeminencia, ni los partidos políticos, ni menos parlamentos de vida intermitente, como los de éstos países. El presidente gobernante de la Ilustración, acabó por transformarse en un presidente monocrático.

MONOCRACIA HISPÁNICA

Pero su perfil cambió. Además de la apelación en contra de actos de gobierno se suprimió el juicio de residencia²³⁸. Eliminado el papel de la Judicatura

²³⁸ MARILUZ, nota 86. MARTÍNEZ BAEZA, Sergio, «La residencia en el derecho patrio chileno», en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 4, Santiago 1965. BRAVO LIRA, nota 150. BARRIENTOS, nota 150.

como garante del derecho, el presidente se acostumbró a sentirse cada vez menos sujeto a un derecho anterior y superior a él mismo. Derivó de hecho hacia la monarquía. Ejerció el poder sin consulta ni recurso en contra de sus actos. Es decir dejó de ser un gobernante reglado y se transformó en monocrático. Surgido de hecho, al margen de una y otra constitución, como alternativa frente a la anarquía y al desgobierno, tuvo como razón de ser atajar el desorden, lo que según los casos equivale a restablecerlo o salvarlo o mantenerlo.

Antes que mantener el derecho, *–si recte facias*, como en el Estado jurisdiccional– o que promover la felicidad pública o policia, como en el Estado modernizador, su papel primordial consistió en mantener el orden público, *salus reipublicae suprema lex*. Al respecto, la constitución de Cádiz es muy elocuente. Dice del rey y lo repiten otras constituciones del presidente, que «su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la constitución y las leyes»²³⁹. De ahí que el gobernante monocrático de hecho no esté atado por las leyes ni por la constitución escrita. Como responsable del orden, está por encima de ellas. Lo que, naturalmente, no obsta para que se sujete a un derecho más alto, supraestatal, como aquel que refleja el milenario *si recte facias* isidoriano, tantos siglos anterior al nacimiento del Estado y la ley estatal.

DE LA POLICÍA AL GOBIERNO

El orden pasa a constituir el primer cuidado del gobernante. Se habla de guardar el orden, lo que quiere decir ser responsable de él. Esta misión pasa ser una para el Estado jurisdiccional y de la felicidad para el Estado modernizador. No menos expresiva es la afirmación que se hace en Chile en 1857, de que «un gobierno fuerte es la única manera de afianzar el orden»²⁴⁰.

Continuador del virrey o presidente, gobernador-capitán general, el gobernante monocrático no ha podido ser substituído. Como, por otra parte, hasta ahora no encuentra contrapeso, tampoco ha tenido dificultad en persistir. Representa la primacía del país real de las instituciones frente al país legal de las constituciones escritas.

Como tal, mantuvo de hecho, sin problemas, el su poder legislador, que en el derecho indiano era parte y muy principal del gobierno. No fueron obstáculo para ello, las construcciones teóricas del constitucionalismo sobre la división de poderes. Frente a él, las constituciones escritas resultan impotentes. No faltan quienes las califican como diques de papel. Después de todo, si hay algo de lo que la monarquía no necesita para consolidarse, son leyes. Se impone de

²³⁹ Constitución de Cádiz, art. 170, texto en SEVILLA, Andrés, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, 2 vol., Madrid 1969. Cfr. Constitución de 1833 en Chile, art. 81.

²⁴⁰ Partido nacional, *Manifiesto político*, Santiago 1857, texto en FUENTES, Jordi y CORTEZ, Lía, *Diccionario político de Chile (1810-1966)*, Santiago 1967, 341-342.

facto, sin contrapeso, como único soporte del gobierno y del Estado. Además, la erosión del Estado de derecho brinda al gobernante una coartada permanente para hacer valer el axioma romano *salus rei publicae suprema lex esto* y presentarse como salvador de la patria. Al respecto, no está demás, evocar la actuación del emperador Pedro I de Brasil frente a los constituyentes de 1823, que parece revivir un siglo después en la tradición uruguaya del golpe de Estado monocrático, dado por el propio presidente, según una práctica vigente desde 1930²⁴¹.

Extraconstitucional o extralegal no significa arbitrario. Tampoco se lo entiende así. Según lo deja en claro, por ejemplo Portales, el gobernante está siempre sujeto al derecho, aun en el caso de que pase por encima de la constitución y las leyes. El *si recte facias* no se agota en la legalidad. Por encima de ella hay un orden más alto que el promulgado por los gobernantes. Medio en broma medio en serio, escribe Portales, «con ley o sin ella, a esa señora que llaman á Constitución hay que violarla, cuando las circunstancias son extremas». La situación de excepción, puede eximir de atenerse al derecho legislado, pero no del ajustarse a un derecho superior, no escrito. En tal caso, prosigue Portales «la ley la hace uno, procediendo con honradez y sin espíritu de favor» Esto lo repite un siglo después, con todas sus letras, el presidente Ibáñez. La víspera de su elección como presidente de Chile, con una abrumadora votación, nunca alcanzada por un político de partido, no trepidó en decir ante las dos ramas del Congreso: «no omitiré sacrificios ... para mantener el orden, aunque al término de mi período, en vez de poder eclarar que me he ceñido estrictamente a las leyes, sólo pueda afirmar, repitiendo la frase histórica: *juro que he salvado a la república*»²⁴².

Los testimonios podrían multiplicarse. Cuando el orden legal está en peligro o se encuentra en crisis, se apela para restablecerlo a otro superior. Lo que parece revivir el «Viva el rey, muera el mal gobierno». La misma actitud encuentra Jaime Reyes en su estudio sobre los gobiernos militares de Argentina y Chile en el siglo xx²⁴³.

LOS OTROS PODERES

La pluralidad de poderes de la constitución jurisdiccional se mantuvo. Junto al poder del Estado, cuyo núcleo son los ministerios y las intendencias, también permaneció indiscutida la Iglesia, como el otro poder supremo. Al

²⁴¹ DE SOUSA, Octavio Tarquino, *A mentalidade da constituinte*. Río de Janeiro 1931. BRAVO LIRA, nota 187.

²⁴² PORTALES, Diego, Carta a Antonio Garfias, Valparaíso, 6 de diciembre de 1834, en DE LA CRUZ, Ernesto, *Epistolario de D. Diego Portales*, 3 vols., Santiago 1936-1937, 3, 378, la cita 379. GUZMÁN BRITO Alejandro, *Portales y el derecho*, Santiago 1988, 12 y ss. IBÁÑEZ, Carlos, Discurso de apertura de la legislatura, 21 de mayo de 1927, en Senado, *Boletín de sesiones ordinarias*, Santiago 1927.

²⁴³ Sobre este grito, nota 44. REYES ALVAREZ, nota 17.

respecto las constituciones escritas se plegaron a jurisdiccional para confirmar la Iglesia como religión del Estado.

Este es un rasgo original del constitucionalismo hispánico, que se aparta del francés o del estadounidense. Deja de lado el modelo de Estado como único poder supremo y mantiene la dualidad, varias veces centenaria Estado-Iglesia. Es decir antepone este elemento propio a la división de poderes y a las garantías individuales de las constituciones escritas. En esto coinciden la constitución de Venezuela, de 1811 y la de Cádiz de 1812 que son las primeras, con las posteriores.

Junto al reconocimiento, los Estados sucesores de ambas monarquías invocan su calidad de tales para reclamar, cada uno en su territorio, el patronato sobre la Iglesia de que habían gozado los reyes de Portugal y Castilla. La Santa Sede rehusó a confirmárselo. Pero esta negativa no afectó ni la situación jurídica de la Iglesia ni la confesionalidad del Estado, que, en términos generales, persistió hasta el siglo XX, si bien bajo condiciones un tanto diferentes. No obstante, desde mediados del siglo XIX hubo en América casos de separación, como México, Guatemala y Brasil²⁴⁴.

Con todo, también es notorio en materia eclesiástica el contraste entre país real y país legal. El *status* de la Iglesia dentro del Estado fue sin duda el punto más conflictivo de la constitución jurisdiccional, porque afectaba las creencias de la población. Aquí también chocan el país real de las instituciones y el legal de las constituciones. Mientras una figura a como Bello afirma en 1842 que «la religión del Estado (es), la primera atención de todo buen gobierno» y declara en 1848: «miro la dotación de la Iglesia como una de las más urgentes necesidades del país, como la que propende más a la civilización y moral de los ciudadanos», otros aspiran a despojarla del *status* de que goza, reconocido por la constitución escrita²⁴⁵. De hecho en este campo se produjeron enfrentamientos entre facciones y luego entre partidos que, conmovieron y arrastraron a vastos sectores de la población a los que no llegaban las disputas partidistas. No sin razón se ha señalado que los partidos, surgidos en el seno de la oligarquía, lograron crecer y abrirse camino hacia los medios populares al favor de las luchas político-religiosas²⁴⁶.

Además de los poderes supremos, subsistieron también poderes menores. En ellos encontró el Estado una barrera en su deslizamiento hacia el legalismo y la nivelación desde arriba de la población. Ella le mantuvo muy lejos de los extremos totalitarios, prevalecientes en el *règne de la loi* y también en el *rule of law* durante el siglo XX.

²⁴⁴ Por todos, MARTÍNEZ DE CODES, Rosa María, *La Iglesia católica en la América independiente*, Madrid 1992.

²⁴⁵ BELLO, Andrés, *El Araucano* 596, Santiago 21 de enero de 1842, en su *Obras Completas*, 9, 321. El mismo *Sesiones del Senado*, 4 de agosto de 1848, ahora en LETELIER, Valentín (comp.), *Sesiones de los Cuerpos Legislativos de la República de Chile de 1811 a 1845*, 37 vols. Santiago 1887-1908.

²⁴⁶ Uno de los primeros en advertirlo fue EDWARDS, Alberto, *Bosquejo histórico de los partidos políticos chilenos*, Santiago, 1903, Mas detalladamente, El mismo, *La fronda aristocrática*, Santiago 1928.

Los cabildos o cámaras jugaron transitoriamente un papel novedoso en los primeros intentos de implantar una constitución escrita. Como no fue fácil introducir entonces formas de representación electoral, anónimas, en la práctica se las suplió por las de siempre, a través de los ayuntamientos. Tal fue el caso de la constitución imperial de Brasil, que tras una consulta a las cámaras, se la dió por aprobada, y se desistió de un plebiscito al modo napoleónico. Del mismo modo, en estos países, cada vez que se vino abajo el andamiaje de la constitución escrita y el gobierno constitucional, se volvió a los ayuntamientos para salir del impasse e instituir un nuevo gobierno.

Las cosas cambiaron más adelante, cuando se asentó la representación electoral. Entonces se desvaneció la jurisdicción propia de los poderes locales. Los pueblos fueron absorbidos por el pueblo mediante un cuerpo electoral unico. De esta manera quedaron destituidos de todo poder propio frente al Estado y al gobierno, que, como expresión de la nación entera, los absorbe y anula. En esta situación, los intentos de revitalizar municipios es fracasaron. El municipio se convirtió en una partícula del Estado y el poder local desapareció, al convertirse, a su vez en un apéndice del poder estatal.

EL PARLAMENTO INALCANZABLE

Ninguna innovación del constitucionalismo encontró mayor indiferencia en el mundo hispánico que el parlamento o asamblea legislativa, como se lo denominó en Brasil. Inspirado vagamente el modelo inglés y sus imitaciones, para los constitucionalistas debía jugar un doble papel: concurrir a la dictación de las leyes y velar por la legalidad de la gestión del gobierno. En estos términos fue un acápite de rigor, del que se trata en primer lugar, antes de los otros dos poderes, ejecutivo y judicial, Tal vez, se procede así con la esperanza de que llegue a tener la misma preeminencia que el de Inglaterra. Pero esto no pasa de ser una construcción teórica. En el hecho, como apunta Sánchez Agesta, llevan una vida intermitente²⁴⁷. Históricamente en todo el mundo hispánico, desde 1811 y 1812 en que se reunieron los primeros a uno y otro lado del Atlántico, hasta 1930, apenas hubo tres que logran sesionar regularmente siquiera durante medio siglo. Ninguno subsiste actualmente²⁴⁸. Después, sólo uno sobrepasó la barrera del medio siglo.

En la práctica el ideal ilustrado de hacer del parlamento un contrapeso o limitación del gobierno y una protección de los gobernados no ha resultado. Parece impracticable. El poder no detiene al poder, como suponía Montesquieu. Aparte de que un parlamento fantasmal no está en condiciones de enfrentarse a un gobernante monocrático y un parlamento fuerte prefiere entenderse con él, puede respaldarle a fin de que el gobernante haga lo que de otro modo

²⁴⁷ SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *La democracia en Iberoamérica*, Madrid 1987.

²⁴⁸ BRAVO LIRA, nota 15. Con cuadros cronológicos, Observa que el parlamento es el talón de Aquiles del Estado constitucional en los países hispánicos.

estaría fuera de su alcance. Este poder legalizador de situaciones *de facto*, usado allende los Pirineos para imponer el totalitarismo, se ha empleado en el mundo hispánico con mucho mayor frecuencia y moderación, para dar patente legal a cosas menores, desde golpes de Estado, suspensión o abrogación de la constitución, gobiernos de facto.

En suma el parlamento es en estos países una institución artificial. Por cinco siglos aquí legislar fue parte, y muy principal, del gobierno. De hecho un parlamento juega un papel que poco tiene que ver con el ideado en el siglo XVIII por los creadores del *règne de la loi*. Forma parte del decorado constitucional, donde cumple el papel nada despreciable de servir de coartada al gobernante, que impide se le moteje de dictador, por ejercer el poder sin tener un parlamento a su lado. Por lo demás, ese es el papel que tienen en esta época en los Estados totalitarios, como la Unión soviética y sus satélites, donde se cuida escrupulosamente de reunir en forma periódica estas asambleas. En todo caso, lo más relevante es su labor de fiscalizar de los actos de gobierno. Pero, naturalmente dentro de ciertos límites, pues si entra en conflicto con el gobernante, corre el peligro de ser disuelto. Por eso, los parlamentos tienen que buscar una vía media entre un papel decorativo y ser clausurados.

PODER Y RESPETO A LAS PERSONAS

La suerte del común de los habitantes cambió diametralmente en los Estados sucesores de ambas monarquías. En el papel se les aseguraron derechos y garantías, pero de hecho se les privó de los recursos judiciales que tenían hasta entonces para proteger sus personas y bienes, de suerte que en definitiva práctica quedaron indefensos frente al poder y a los poderosos.

Conforme a las doctrinas del constitucionalismo, se habló de ciudadanos en lugar de vasallos, lo que, de hecho, significó descomponer la comunidad política en un conjunto de individuos, iguales y con los mismos derechos. Vale decir que se hizo caso omiso de débiles y necesitados. Para la constitución escrita y los códigos no hubo diferencias. Todos los ciudadanos se consideraron como simples individuos, uno más dentro del conjunto y, por tanto, con los mismos derechos. Los códigos ni siquiera mencionan a los indígenas, que en algunos países eran un tercio o más de la población. Frente a ellos y en general a los más desvalidos, el Estado adoptó una posición neutral. No protegió a nadie. Abandonó la distinción entre poderosos y menesterosos, vale decir, *miserabiles personae* del *ius commune* y los abandonó a su suerte²⁴⁹.

²⁴⁹ Sobre la aplicación de la noción de *miserabiles personae* en América indiana existe una vasta bibliografía. ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, «El sistema político indiano», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 6, Buenos Aires 1954. BRAVO LIRA, Bernardino «Situación jurídica de las tierras y habitantes de América y Filipinas bajo la monarquía española» en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 11, Valparaíso, 1986, ahora en él mismo, nota 28. DUVE, Thomas «La condición jurídica del indio y su consideración como *persona miserabilis* en el derecho indiano», en Losano, Mario (ed.) *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e con-*

La protección de las personas cambió de signo. En lugar de favorecer a los más débiles los dejó en la indefensión frente al poder y los poderosos. Mientras los poderes y organizaciones menores declinan, se deja de lado la protección diferenciada por vía judicial de recursos, cuyo objeto era dar a cada uno lo suyo, como sucedía con regímenes privilegiados para la masa indígena y para otros sectores, y en cambio se opta por una protección igualitaria por una vía legal o constitucional, a través de las mismas garantías o derechos para todos. En otras palabras, se impuso a todos sin distinción el mismo estatuto jurídico. Se niveló hacia abajo. De esta manera, mientras se abandonan los recursos judiciales contra los abusos, se multiplican las declaraciones de derecho y las garantías constitucionales. Pero su eficacia es completamente diferente y también el interés que despiertan en el común de la gente.

Para colmo, junto con desencadenarse una oleada de abusos y atropellos nunca vistos, se suprimieron los medios de protección contra ellos, en especial la apelación contra actos de gobierno del presidente y los intendentes y los juicios de residencia, al término del desempeño de cargos públicos²⁵⁰. Al cabo de un tiempo, todos los recursos quedaron reducidos a uno, tomado de Inglaterra, el *habeas corpus*, que no tenía otro objeto que reclamar contra la prisión arbitraria.

El lenguaje mismo cambió y, con él, la eficacia de la protección de que habían gozado las personas bajo la monarquía. Todo los medios que se había forjado en siglos de lucha por hacer efectivo su respeto por el poder y los poderosos, quedaron arrinconados. En su lugar se acudió a modelos y procedimientos extranjeros que resultaron ineficaces y, por lo mismo, sólo cosecharon indiferencia.

TEORÍA Y REALIDAD DE LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS

La desaparición de la monarquía fue la señal del ocaso de la seguridad de las personas. El clima de respeto reinante hasta entonces desapareció. La situación de hecho se tornó dramática. Nada lo muestra mejor que la experiencia del primer presidente de la Corte Suprema en Chile, José Gregorio Argomedo. En 1810, todavía bajo la monarquía le correspondió como procurador de la ciudad reclamar ante la Real Audiencia contra la prisión arbitraria de tres vecinos prominentes de Santiago hecha por el presidente García Carrasco. Entonces dijo a éste en su propia cara: «si no se ataja este engaño ¿cuál será el ciudadano que no tenga su vida y honra pendiente de la dilación del enemigo o de un vil adulator? Yo mismo seré tal vez, víctima en un cadalso público, hoy o

flitti agrari in Sud America, Milán 2004. DUVE, Thomas, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit*, Francfort a. Main, 2008.

²⁵⁰ Ver nota 239. DÁVILA CAMPUSANO, Óscar, *El secuestro de bienes en la independencia de Chile*, tesis, Universidad de Chile 1988.

mañana, porque defiendiendo los derechos de un pueblo religioso, noble, fiel, amante de su rey»²⁵¹. El Presidente fue depuesto.

No deja de ser significativo. Un abuso de esta naturaleza se consideraba entonces tan grave, que costó el mando al presidente en ejercicio.

Pasaron quince años. En ese lapso dictaron en Chile sucesivamente un reglamento constitucional y tres constituciones, pródigos en garantías individuales. Argomedo llegó a ser presidente de la Corte Suprema. Entonces se cumplió su vaticinio de 1810: fue apresado ilegalmente por el gobierno y expulsado del país.

Este caso concreto ilustra cómo, desde los inicios del Estado constitucional, coexisten solemnes proclamaciones de derechos y garantías individuales con escandalosos atropellos a las personas, incluso tan altamente colocadas, como un presidente de la Corte Suprema. De la misma manera, de nada sirvió San Martín, Bolívar, O'Higgins llamarse libertadores, todos terminaron expatriados.

Los excesos de las luchas por el poder entre facciones del núcleo dirigente que, a veces, llegan a la guerra civil, alimentan un clima de inseguridad e incertidumbre entre los habitantes, contra los cuales los recursos efectivos habían desaparecido.

Un ejemplo ahorra muchas explicaciones. La constitución de 1833 introdujo en Chile el escuálido *habeas corpus* de origen inglés, en remplazo del amplio recurso de apelación contra actos de gobierno en uso desde hacía siglos. En 1836 el fiscal de la Corte Suprema denunció que ni siquiera de había determinado el tribunal que debía conocer de él. No obstante, pasaron todavía seis décadas antes de que esto se hiciera, prueba de la indiferencia con que gobernantes y gobernados, miraban este engendro. Tanto o más dramática fue la situación en el resto de Iberoamérica como lo muestra la perspectiva comparada que ofrece Marquardt²⁵².

A comienzos del siglo XX, cuando la crisis del Estado modernizador, duraba ya un siglo, la impresión general era de desconcierto, si no de frustración. Nadie la refleja mejor que el Presidente Leguía del Perú, quien resume la experiencia de su país, en los siguientes términos, que con sus más y sus menos es la de casi todo el mundo hispánico desde el fin de la monarquía: «La historia de la República del Perú es la de un contraste entre la ley que consigna teorías magníficas y la realidad indígena indócil para someterse a sus preceptos. En este perpetuo contraste hemos vivido, imaginando ser gobernados por principios, cuando en realidad lo éramos por pasiones. La verdadera ley y el verdadero gobierno, fueron siempre en el Perú, la ley y el gobierno impuestos por un

²⁵¹ TORRENTE, Mariano, *Historia de la Revolución de Chile 1810-1828*, en *Colección de Historiadores y documentos relativos a la independencia*, 30 vols. Santiago 1900-1939, 3, 5. LIRA LIRA, Alejandro, *Argomedo 1810-1830*, Santiago 1934.

²⁵² BRAVO LIRA, nota 150. BARRIENTOS, nota 150. MARQUARDT, Bernd, «Dos siglos de derechos fundamentales en Hispanoamérica 1810-2008. Exigencia y realidad desde una posición global comparada» en *Revista Pensamiento jurídico* 23, Bogotá 2008.

hombre a quien, unas veces la casualidad y otras el voto popular, elevaron a las cumbres del poder»²⁵³.

Medio siglo después, como historiador, explica el argentino Tau Anzoátegui: «Como a las cruentas luchas de la emancipación siguieron en casi todos los países guerras internas, se produjeron verdaderos retrocesos en la cultura, en la educación, comercio e industria, con relación a la época hispánica, particularmente a sus últimos tiempos», o sea, los de las monarquías ilustradas. Añade «la inestabilidad política fue un fenómeno bastante extendido. Al desaparecer la imagen del rey y llegarse en algún momento a situaciones anárquicas, fue necesaria la presencia de caudillos o dictadores, que, a su modo, trataron de consolidar la independencia, asegurar la unidad nacional o lograr la organización estatal»²⁵⁴.

BELLO Y LA CRISIS DEL ESTADO DERECHO HISPÁNICO

Más difícil que esta breve descripción de la crisis, es intentar explicarla. El tema es tan apasionante que no pocos autores se han ocupado de él, desde Bello hasta la reciente historiografía.

Muchos han atribuido la crisis a una inferioridad hispánica para adoptar constituciones escritas. Muchos han pensado en solucionarla por la vía de la imitación de modelos de allende los Pirineos. Muchos, en fin, se han resignado a esperar que el problema se resuelva solo, con el tiempo, en la medida que el mundo hispanico se ponga a tono con dichos modelos. La postura de Bello es diferente. Más bien solitaria al principio, ha venido a ser cada vez más compartida por propios y extraños.

Con su proverbial acuciosidad, Bello tomó las cosas como son. No le faltó información. Era, a la vez, testigo, víctima y observador de los hechos. Tenía treinta años cuando estalló la crisis y más de cincuenta, cuando transcurrido un buen medio siglo, se ocupa de ella en los años 1830. Unía a una variada experiencia personal, primero de gobierno en Venezuela en la época de apogeo de la monarquía ilustrada y luego, de casi veinte años de exilio en Inglaterra, país que nunca adoptó una constitución escrita. Desde allí pudo seguir no sin inquietud el trágico espectáculo de desintegración del mundo hispánico, su patria grande, en una veintena de Estados sucesores de la antigua monarquía. Alarmado vio desmoronarse el Estado de derecho y movido por una honda preocupación por el porvenir de estos países, trabajó por salvar su unidad de lengua y de cultura, con sus estudios desde el *Cid* hasta las *Siete Partidas*, con su *Gramática* y sus *Principios de Derecho internacional*.

²⁵³ LEGUÍA, Augusto, apud LAMAR SCHWEYER, Alberto, *Biología de la democracia*, La Habana 1927, 97.

²⁵⁴ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «La revolución liberal y el derecho en Iberoamérica durante el siglo XIX» en *Tidschrift voor Rechtsgeschiedenis* 54 Antwerpen 1986.

APEGO Y DESAPEGO

Tal vez a ninguno de sus contemporáneos impresionó más que a Bello, la indiferencia de los hispanos de ambos mundos frente a las constituciones escritas. Únicamente algunos teóricos se atrevían a desafiar esta actitud en nombre del progreso, que identificaban con las constituciones de Francia y de los Estados Unidos. Bello no sólo detectó el conflicto entre las dos constituciones, jurisdiccional y escrita, sino que se abocó a estudiarlo. Pero sin censurar ni lamentar nada. Tampoco escamoteó el problema de modo simplista, como se suele hacer hasta ahora, alegando una incapacidad hispánica para asimilar el constitucionalismo extranjero.

Ante todo, advirtió que las raíces del conflicto estaban en el acento que en el mundo hispanico se pone en la persona y sus bienes: «Nuestras vidas, nuestro honor, nuestras propiedades forman los intereses más caros, cuya conservación esperamos en una sociedad constituida. El expedito ejercicio de los derechos políticos no satisface sino necesidades muy secundarias, que podemos considerar nulas o muy poco urgentes si el interés individual, que es el resorte más poderoso del corazón humano, no nos mueve a contribuir eficazmente a la observancia de nuestras instituciones fundamentales»²⁵⁵.

Se trata, pues, una distinta manera de mirar las cosas a uno y otro lado de los Pirineos. Unas son apreciadas con pasión, otras consideradas con indiferencia. Esta es la línea divisoria entre ambos, una frontera invisible, pero no por eso menos real. Mientras del lado hispánico hay un fuerte apego a los bienes personales, que aseguran la disposición de lo propio, del lado opuesto se tienen mucho los derechos políticos, esto es, la participación en el poder, que, a la postre, se traduce en manejar y ser manejado por otros. Por eso el ardor por disponer de lo propio, –honor, vida y hacienda– induce a la indiferencia frente al andamiaje constitucional, que es visto como una amenaza contra esa disposición.

Esta contraposición entre lo propio y lo cívico reveló a Bello un rasgo profundamente hispánico. La vivísima conciencia política, que lleva a exigir, a todo trance, buen gobierno, tiene como contrapartida una notoria carencia de conciencia cívica, es decir, una falta de interés, que linda en la repugnancia, por tomar parte en el gobierno. Eso es para otros, no para una persona que tiene suficientes asuntos propios que atender. Corolario de lo anterior, es la dificultad de estos pueblos para soportar malos gobiernos. Elegidos o no, se deshacen de ellos con toda soltura, conforme al *si non facias, non eris* isidoriano. Ahora bien, quien lo hereda no lo hurta, todos estos rasgos no son manifestaciones de la crisis. A ambos lados del Atlántico tienen el mismo origen ancestral. No pasan de ser aplicaciones del proverbial *si non facias, non eris*,

²⁵⁵ Editorial de *El Araucano* 324, Santiago, 18 noviembre 1836, ahora en *Obras Completas* nota 155, 9, 1 y ss.

LA PROPIA CONCIENCIA POLÍTICA Y CONCIENCIA CÍVICA IMPORTADA

Esto mismo convenció a Bello de la fuerza de la tradición hispánica de apego a los bienes de la persona. Reconoció que su potencia llega al punto de hacer que incluso dentro del Estado constitucional los derechos fundamentales sean éstos y no los políticos, los cuales no pasan de tener en cambio una significación muy secundaria: «Raro es el hombre tan desnudo de egoísmo que prefiera el ejercicio de cualquiera de los derechos políticos que concede el código fundamental del estado, al cuidado y a la conservación de sus intereses; y que se sienta más herido cuando arbitrariamente se le priva, por ejemplo, del derecho de sufragio, que cuando se le despoja violentamente de sus bienes»²⁵⁶. «No puede ser de otra manera –agrega–. Los primeros (los derechos políticos) son condiciones secundarias, de que nos curamos muy poco cuando negocios que deciden de nuestro bienestar, de la suerte de nuestras familias, de nuestro honor y de nuestra vida, ocupan nuestra atención»²⁵⁷.

La indiferencia frente a los derechos políticos le parece completamente natural y razonable, sobre todo en comparación de los civiles, que, en cambio, son en verdad vitales. «No nos sucede lo mismo con nuestros derechos civiles: hemos sido hombres aunque no hubiésemos sido ciudadanos; hemos tenido vidas que defender y propiedades que guardar, aunque hayamos carecido del derecho a elegir nuestros representantes»²⁵⁸.

No vacila, en consecuencia, en desmitificar los llamados derechos cívicos de las constituciones escritas, al paso que recalca la perenne vigencia de los bienes de las personas o derechos civiles, los cuales tienen la inapreciable ventaja de no depender de un texto ni de una época, pues pertenecen, en último término a la naturaleza misma del hombre, tal como puede reflejarla una constitución histórica.

Por eso, lejos de desconcertarse frente al fracaso de las declaraciones teóricas de derechos del hombre y del ciudadano, al estilo ilustrado, Bello, aprovecha para ponderar la protección hispánica a las personas concretas. La razón fundamental es clara, los derechos civiles, como denomina aquí a los bienes de las personas, son algo propio ypreciado, con dilatada tradición, incorporados al ser nacional. En cambio, los políticos, entendidos como formas de participar en el gobierno, son importaciones muy recientes, ajenas a la mentalidad hispánica. Sólo aparecen en el siglo XIX, con las constituciones escritas, después de la independencia, y, por tanto, carecen de todo antecedente en el mundo hispánico.

A esta luz, hace ver que el conflicto entre las dos constituciones, no tiene nada de superficial o artificial. Antes bien arranca de lo más hondo de la persona.

²⁵⁶ Véase nota 27.

²⁵⁷ Id. Diversos otros textos de los años 1830 a 1850, en los que se refiere a esta misma trilogía en BRAVO LIRA, nota 156. A ellos pueden agregarse editoriales de *El Araucano* 296 de 6 mayo 1836 en *Obras Completas*, nota 27, 9, 296 y 638 de 8 septiembre 1850 *ibid.* 9, 429.

²⁵⁸ Véase nota 255.

Responde a una opción vital. Discurre dentro de las coordenadas apego-despego o preferencia-indiferencia. De ellas pende la vigencia efectiva que alcance una constitución. Entre los hispanos, las preferencias van del lado de los bienes de las personas y no de las constituciones escritas y su andamiaje institucional. Salvo una minoría erudita, en estos pueblos nadie cree ni en constituciones escritas, ni en gobiernos elegidos, ni en parlamentos, ni en las mayorías, ni el sufragio. Por lo mismo, tampoco a nadie le importa mayormente la suerte que corran esos institutos. Les trae sin cuidado que se los pase a llevar, se los disuelva, se derrumben o lisa y llanamente sean suprimidos.

Su análisis culmina de un modo original. Para él, la suerte de las constituciones escritas o no, está ligada a que se la sienta como propia y no como mero artificio, montado a las espaldas de nación. La constitución es inseparable de ella. Por eso se asienta o se desacredita en un tiempo más o menos dilatado, al favor de la polaridad preferencia e indiferencia. Mientras la indiferencia de los pueblos frente a ellas las mata, su apego a ellas, las mantiene en vida. Ahí debe buscarse la raíz y la razón de ser de la crisis del Estado de derecho en el mundo hispánico. A esta luz, se entiende porqué allí las constituciones escritas no duran y porqué, en cambio, la constitución jurisprudencial se resiste a morir.

AGOTAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN ESCRITA Y RECUPERACIÓN DE LA PROPIA

Pero la historia tiene muchas vueltas. Transcurridos casi dos siglos las constituciones escritas se agotan y la jurisdiccional se recupera en el del mundo hispánico. Con lo que historia e historiografía dan la razón a Bello por partida doble. La indiferencia de estos pueblos frente a las constituciones escritas, detectada por él es tan vital y tan honda que, a la larga se impone. En lugar de batirse ella en retirada, la propia constitución fuerza a la importada replegarse. Este viraje abre la etapa de recuperación, de la que el llamado *Estado novo* es un exponente.

No extraña entonces que la reciente investigación ofrezca, con algunas variantes, la misma explicación de la crisis del Estado de derecho hispánico, que Bello. En relación al constitucionalismo al estilo francés o estadounidense, unos hablan de *rechazo* en sentido biológico y otros llegan a calificar a Hispanoamérica de *hoyo negro* donde mueren las ideologías de allende los Pirineos. Algunos van más allá y, hacen ver que, durante el siglo XIX, al igual que en Europa central, el modo más logrado de enfrentar este choque entre las dos constituciones en el mundo hispánico fue, en la práctica, un *Scheinkonstitutionalismus*, un constitucionalismo de fachada, que tras una constitución escrita al gusto decimonónico, dió primacía a la constitución jurisdiccional²⁵⁹.

²⁵⁹ Acerca del *Scheinkonstitutionalismus*, HATTENAUER, Hans; *Die geistesgeschichtliche Grundlagen des deutschen Rechtes: zwischen Hierarchie und Demokratie*, Heildelberg 1980, trad. castellana, Madrid 1981; VON SRBRK RITTER, Heinrich, *Deutsche Einheit. Idee und Wirklichkeit von Heiligen Reich bis Koenigsgraetz*, 4 vols., 1935-1941,3; BÖCKENFÖRDE,

Esta coincidencia tampoco es sorprendente. En los países hispánicos como en los danubianos la antinomia de las dos constituciones tiene un trasfondo trascendente, el mismo que separa entre sí a las vertientes católica y nacional e irreligiosa y cosmopolita de la Ilustración. Se trata, en último término, del choque entre dos visiones del mundo, una teocéntrica y otra antropocéntrica. De algún modo la constitución jurisdiccional y las escritas reflejan una y otra: la persona con su carácter único o el individuo, como uno más dentro del conjunto. Por eso, chocan entre sí como dos placas telúricas. Después de todo, el núcleo de la constitución jurisdiccional, es la persona y su poder de disponer de lo propio, –de sí y de sus bienes concretos–, vale decir el *suum cuique*, dar a cada uno lo suyo, mientras que las escritas giran en torno a individuos, iguales y con los mismos derechos, es decir, a dar a todos lo mismo.

ESTADO NOVO, PLURALIDAD DE PODERES Y PROTECCIÓN A LAS PERSONAS

La fase de recuperación se caracteriza en todo el mundo hispánico por los esfuerzos por revertir la crisis del Estado modernizador, desde Portugal con Oliveira Salazar hasta México con Cárdenas, Brasil con Getulio Vargas y Argentina con Juan Domingo Perón, España con Franco. Se produce es una suerte de retorno del individualismo decimonónico a la protección de las personas del Estado jurisdiccional. Se habla entonces de *Estado novo*.

Sus comienzos coincidieron con el ocaso de la Modernidad ilustrada en el siglo xx, que se hundió en medio de los horrores de las dos guerras mundiales y de los Estados totalitarios²⁶⁰. Con ellos se extinguió la creencia ilustrada en el progreso indefinido de la Humanidad por obra de la razón y se produjo lo que desde 1920 se conoce como *révolte des faits contre le code* para usar la expresión del francés Morin²⁶¹. En la práctica los hechos desbordaron los marcos demasiado estrechos de las constituciones escritas. Se cerró así la época dominada por la creencia en el poder de la constitución escrita para imponerse y remodelar según sus preceptos la realidad institucional. En estas condiciones país legal de la constitución y las leyes comienza a replegarse ante el país real de los hechos y las instituciones. En el mundo hispánico el argentino Sampay seña-

Ernst-Wolfgang, *Der Verfassungstyp der deutsche konstitutionelle Monarchie in 19 Jahrhundert*, Stuttgart 1977; HUBER, Ernst-Rudolf, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, 8 vols., Stuttgart-Berlín-Colonia 1991, 1, pp. 89-91 y 120; 4, pp. 131 y ss. y 332. Para Austria, 3, pp. 381-382. En Prusia, GRUENTHAL, Guenter, «Grundlage konstitutioneller Regiment in Preussen 1848-1867»; en RITTER, Gerhard A. (ed.) *Regierung, Beurokratie und Parlament in Preussen und Deutschland von 1848 bis zum Gegenwart*, Bonn 1983, pp. 42 y ss.; WILLOWEIT, Dietmar, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Munich 1991,1992. BRAVO LIRA, Bernardino, «Portales y el Scheinkonstitutionalismus en Hispanoamérica», en Ciudad de los Césares 31, Santiago 1993. El mismo, BRAVO LIRA, nota 13.

²⁶⁰ NOLTE, Ernst, *Der europäische Bürgerkrieg 1917-1945*, Francfort-Berlín 1987. JOHN-SON, nota 9. TERNON, id. COURTOIS, Stéphanie, et al, *ibid*.

²⁶¹ MORIN, Edgard, *La révolte des faits contre le code*, París 1920.

ló ya en 1942 que, frente al ocaso del constitucionalismo europeo, el rezago de estos países en seguir esos modelos se había convertido en una ventaja²⁶².

Pero las cosas no quedaron allí. En las décadas siguientes, la *révolte des faits* contra el derecho codificado, se convirtió en una verdadera avalancha. Dio lugar a lo que hoy se conoce como descodificación²⁶³. En medio de esta conmoción surge la aspiración a devolver al Estado un sentido nacional y realizador. En esto parecen revivir el reformismo ilustrado, pero bajo formas distintas. Al aparato estatal de entonces añaden otro formado por instituciones paraestatales. No se trata de un vuelta atrás sino de una recuperación del Estado tras un siglo de crisis²⁶⁴.

Otra cara de la recuperación se refiere a los demás poderes. En muchos casos la antigua unión de Estado y la Iglesia había dejsado paso una separación. Pero, unidos o separados, los dos poderes se mantenían como tales y, por lo mismo, uno y otro se sabía limitado, el Estado al bien temporal y la Iglesia, al espiritual. Esto es lo decisivo, porque e dualidad de poderes excluye, a la vez, la tiranía y la teocracia. Impide que nadie esté sometidas a un poder único, en todos los aspectos y en todas sus cosas. En la práctica o las relaciones entre ambos poderes pasaron por momentos álgidos de persecución sangrienta a la Iglesia, como sucedió en México y en España bajo la república. Pero los hechos fueron más fuertes que los gobiernos y que las leyes. En un país católico, aun un presidente que no lo fuera, no podía ignorar la realidad, como sucedió con erección de la estatua del Cristo del Corcovado en Río de Janeiro, símbolo del Brasil. De esta manera, en los dos países católicos mas grandes de América hispana, México y Brasil, se produjo sin estridencia un vuelco en esta materia. Se abandonó la prescindencia estatal respecto de la Iglesia y se volvió a reconocer su personalidad jurídica de derecho público, exención de impuestos y educación

²⁶² SAMPAY, Arturo Enrique, *La crisis del Estado de derecho liberal burgués*, Buenos Aires, 1942. El mismo, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, 1951. PIERPAULI, José Ricardo, «Arturo E. Sampay: Una fundamentación naturalista en torno a la relación entre teoría del Estado y constitución jurídica» en *Anales de la Fundación Fracisco Elías de Tejada*, 5, Madrid, 1999.

²⁶³ IRTI, Natalino, «L'étà della decodificazione», en *Dirito e Società* (1978), ahora en el mismo *L'étà della decodificazione*, Milán 1979, trad. castellana Barcelona 1992. Guzmán, Alejandro, «Codificación, descodificación y remodificación», en *Revista de derecho y jurisprudencia* 90, Santiago 1993. BRAVO LIRA, Bernardino, «Tras la huella del ius commune, la codificación y descodificación en el nuevo mundo», en *Revista de estudios histórico jurídicos* 19, Valparaíso 1998.

²⁶⁴ Instituto de Estudios Públicos. *El nuevo Estado español, veinticinco años del movimiento nacional 1936-1961*, Madrid 1968. GARCÍA ESCUDERO nota 231. BIDART CAMPOS, Germán, «El primer peronismo 1950-1955». y «El segundo peronismo 1973-1975», ambos en GIL VALDIVIA, Gerardo y CHÁVEZ TAPIA, Jorge, *Evolución de la orgnización político institucionales América Latina 1950-1975*, 2 vols. México 1978-1979. SANTOS MARTÍNEZ, Pedro, *La nueva Argentina 1946-1955*, 2 vol, Buenos Aires 1979-1980. PELLET-LASTRA, Arturo, *El Estado y la realidad histórica*, Buenos Aires 1979, 1988. SÁNCHEZ AGESTA, nota 248. GARAY VERA, Cristián, *El tradicionalismo y los orígenes de la guerra civil española 1927-1937*. REIS TORGEL, Luis «Estado Novo em Portugal: Ensaio de reflexiao sobre seu significado», en *Estudios Ibero-americanos* 33, Río Grande do Sul 1997. VELEZ RODRÍGUEZ, Ricardo, *Oliveira Vianna, e o papel modernizador do Estado brasileiro*, Londrina 1997.

católica en las escuelas²⁶⁵, mediante sendos un concordatos de 1992 en México y de 2009 en Brasil²⁶⁶.

En cuanto a los poderes menores y a la protección de las personas rebrotan con nueva fuerza. Hay una sensible recuperación. Se deja atrás el individualismo propio de la Ilustración, y se aspira a reemplazar la sociedad política atomizada, por una comunidad política organizada, por grupos menores. Se produce un retorno de la igualdad individualista a la protección de las personas. Tal es el común denominador de un Oliveira Salazar en Portugal (1932-1968), Getulio Vargas en Brasil (1930-1945), Cárdenas en México (1930-1936), Perón en Argentina (1946-1955), Franco en España (1939-1975). De hecho una porción cada vez más significativa de la población comienza a superar su atomización, se articula por sectores y actividades y pasa a intervenir por sí misma en la vida nacional. Se teje así toda una trama de organizaciones intermedias entre las personas y el Estado. Este movimiento asociativo es un genuino exponente de la descodificación²⁶⁷.

Por otra parte la proliferación de estatutos diferenciados, obtenidos por cada sector u organización, se superpuso al derecho individualista de los códigos, impuesto desde arriba por las oligarquías partidistas, al paso que las organizaciones superiores adquirieron un *status publicus* como interlocutores válidos en las grandes cuestiones nacionales²⁶⁸.

REPRESENTACIÓN Y PROTECCIÓN

Con estas organizaciones intermedias renació la representación gremial, distinta de la electoral, monopolizada por los partidos. Las diferencias son muchas. Por de pronto, su fundamento no es una categoría genérica, como la

²⁶⁵ MARTÍNEZ DE CODES, nota 244.

²⁶⁶ BARRIOS LARRAÑAGA, Vicente, «Delimitación del contenido del derecho a la libertad religiosa en la constitución de 1980»; Tesis, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso 1988. PRECHT PIZARRO, Jorge, *Derecho eclesiástico del Estado de Chile. Análisis históricos y doctrinales*, Santiago 2001. El mismo, «El ámbito de lo público y la presencia de la Iglesia en Chile (1990-2004)», en *Revista de Derecho*, 11, Coquimbo 2004.

²⁶⁷ BRAVO LIRA, Bernardino «El movimiento asociativo en Chile (1924 – 1973)», en *Política* 1, Santiago 1982. ESTEBAN, Jorge, «la representación de intereses y su institucionalización: los diferentes modelos políticos existentes» en *Revista de Estudios Políticos* 155, Madrid 1967. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid 1977. FERRANDO BADÍA, Juan «Grupos de interés, de promoción y de depresión. Institucionalización de los grupos de presión» en *Revista de Estudios Políticos* 213-214, 1977. MAESTRO BUELGA, Gonzalo, «Acerca del neo-corporativismo», *ibid*, nueva época 48, Madrid 1985. FERNÁNDEZ DE LA MORA, Gonzalo, *Los teóricos izquierdistas de la democracia orgánica*, Barcelona 1985.

²⁶⁸ OFFE, Claus, »L'attribuzione dello stato pubblico ai gruppi d'interessi: osservazione sul caso de la Germania Occidentale»; en BERGER, Suzanne (ed.) *L'organizzazione degli interessi nell'Europa Occidentale*, Cambridge 1981. YAÑEZ VILLANUEVA, Felipe, «Poder, Sociedad y organizaciones intermedias. Flujo y Reflujo de la contraposición del Estado y Sociedad en el Viejo y el Nuevo Mundo: el caso chileno», en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 18, Santiago 1999-2000.

de ciudadano, y su expresión no se reduce a un acto ocasional, como el sufragio. Antes bien, se basa en el papel que cada uno cumple en la vida colectiva, en el marco local de su profesión u oficio o de sus demás actividades, y se expresa en forma permanente a través del propio gremio o corporación. Ahora bien, lo propio de una corporación es que sólo puede ser representada por quien tenga la calidad de miembro de ella. Por tratarse de compañeros o colegas, representante y representado comparten intereses comunes. En consecuencia, la relación entre ellos es diametralmente opuesta a la dependencia de los electores respecto de sus elegidos. De esta forma, el representante gremial es responsable ante sus compañeros y depende de ellos²⁶⁹.

El rebrotar de las organizaciones intermedias va acompañado del de la protección concreta a las personas y sus pertenencias. En esta época se orienta en dos direcciones principales, de larga tradición, el interdicto portugués y el recurso de apelación contra actos de gobierno, castellano. No podemos seguirla en sus múltiples manifestaciones²⁷⁰. En Brasil, se dio carácter constitucional en 1934 al multisecular *mandado de segurança* del derecho portugués, como *remedio iuris interino*, sin alterar su carácter de interdicto²⁷¹. En la América española, se multiplican y perfeccionan recursos propiamente tales, desde el amparo mexicano, contemplado por primera vez en la constitución yucateca

²⁶⁹ MENEZES, Djacir, «Representação e participação e a Opinião pública brasileira», en *Revista de Ciência Política* 18, Río de Janeiro 1975. ESTEBAN, nota 270. GARCÍA PELAYO, nota 270. FERRANDO BADÍA, nota 270. CEA EGAÑA, José Luis, «La representación política y social en la nueva Constitución de 1980», en *Revista de Ciencias Políticas* 2, Santiago 1982. BORDOGNA, Provasi, *Politica, economia e rappresentanza degli interessi*, Bolonia 1984. Buelga nota 270. MIGLIO, Gianfranco, «Le trasformazioni della rappresentanza» en el mismo y otros, *La rappresentanza*, Bolonia s.f. (1985?). COSTA, Pietro, *Lo Stato immaginario*, Milán 1986. HALLER, Benedikt. Münster 1987. DUSO, Giuseppe, *La rappresentanza, un problema di filosofia politica*, Milán 1988. El mismo, «Constitution et représentation. Le probleme de l'unité politique», en TROPEZ, M. y JAUME, L. (eds.) *1789 et l'invention de la constitution*, París 1994. BRAVO LIRA, Bernardino, «Pueblo y representación en el pueblo de Chile. Tres momentos claves», en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 7, Santiago 1989. REYES ALVAREZ, Jaime, «De la democracia liberal a la democracia consociacional en Chile 1924-1973», en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 16, Santiago 1990-1991. GIUGNI, Gino, «Concertazione sociale e sistema politico en Italia»; en VARDARO, nota 12. MARAFFI, Marco, «Dal Corporativismo autoritario al Corporativismo liberale en Europa»; *ibid.* SCALONE, Antonio, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, Milán 1996.

²⁷⁰ Así por ejemplo, en 1836 se invoca en Chile la trilogía vida, honor y fortuna en apoyo de la conveniencia de fundamentación de las sentencias: *vid.* nota 27. Un siglo después, en la reforma constitucional de 1936 en Colombia se reconoce que «las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes...». *Acto legislativo* 1,5 de agosto de 1936, art. 9. El texto en URIBE VARGAS, Diego, *Las constituciones de Colombia* (2 vols.), Madrid, 1977, vol. 2, 1.103. GALVAO DE SOUSA, José Pedro, «Sociedade e contituicao» en *Anales de la Fundacion Francisco Eliás de Tejada* 4, Madrid 1988. SEGOVIA, Juan Fernando, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid- Barcelona 2004.

²⁷¹ CÂMARA, José B. Gomes, *Subsidios para a história do direito pátrio*, 3 vols, Río de Janeiro 1954-1965, 2. WALD, Arnoldo, *Do mandado de segurança na prática judiciaria*, Río de Janeiro 1955, 4.ª ed. 2003. FARIA, José Eduardo, (ed.) *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, Sao Paulo 1994, con colaboraciones de cuatro autores, *et.*

de 1840²⁷², hasta el de protección chileno, introducido por una acta constitucional de 1976²⁷³.

EL RETORNO DE LOS RECURSOS

Hasta entonces, varios Estados agregaron a las garantías constitucionales algunas formas de protección judicial. Tal fue el caso de Panamá en 1946, Costa Rica, Honduras en Centroamérica y en Sudamérica, Venezuela, Argentina y Paraguay. Posteriormente siguen esta línea Portugal y España en Europa y en la América hispánica Brasil, Perú, Guatemala, así como Paraguay y Venezuela²⁷⁴. Tras un examen de los textos Alejandro Guzmán comprueba que, bajo el nombre de derechos y garantías, se contienen cosas muy distintas entre sí. Algunas, como el debido proceso que «son normas que cumplir, no derechos que exigir»²⁷⁵; otras, cuya modificación sujeta la constitución a una justa causa, es decir, en tal caso «no garantiza derechos, sino posesiones, con las cuales se nace en acto (la vida, la integridad física o psíquica, la honra) o en potencia (el pensar, el rendir culto, el circular, el enseñar...)»²⁷⁶. En fin, otras, «los llamados derechos sociales... la salud, la educación, la previsión social, la propiedad, cuyo acceso también garantizan las constituciones». En rigor éstos no son derechos, sino «bienes a los que se pretende acceder y cuyo acceso se garantiza» y al efecto constituyen «mandatos al Estado, de política económica social» cuyo cumplimiento nadie puede exigir por vía judicial²⁷⁷.

En suma, aunque sus redactores parecen no conocer la terminología que la de los derechos subjetivos, a la hora de buscar una protección judicial, la constitución se han situado en el plano de los bienes. Entonces a lo único que atinan

²⁷² De la *Constitución del Estado de Yucatán* pasa al *Acta de Reformas* de 1847 a las *constituciones* de 1857 (art. 101 y 102) y de 1917 arts. 103 y 107) y a la nueva Ley orgánica de los artículos 103 y 107 de esta constitución, reformada en 1970. Para esto y lo que sigue Lira, nota 74 con bibliografía, entre otros, RABASA, Emilio, *El juicio constitucional*. México. 1955, 2.ª ed. y BURGOS, Ignacio, *El juicio de amparo* México 1962, 5.ª ed.

²⁷³ *Acta constitucional* 3, Santiago 11 septiembre 1976, art. 2. De ahí pasa a la Constitución de 1980 art. 20. Al respecto exhaustivamente, SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Santiago 1982; recientemente «1976-1986. Diez años de recursos de protección (una revolución silenciosa)», *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 83 (1986). Primera parte Sección Derecho.

²⁷⁴ *Constitución política de la República de Panamá* 1946, 51, lo denomina de amparo. Costa Rica 1949, 48, añade al *habeas corpus* este nuevo recurso. *Constitución política* de la República de Honduras 1957, 67. *Constitución* de Venezuela 1967, 49. En Argentina, se establece por ley 16.9686 una acción de amparo. En 1967, las constituciones de Paraguay y la de Bolivia hicieron otro tanto. Después del *Acta institucional* chilena de 1976, *Constitución portuguesa* de 1976. *Constitución española* de 1978. *Constitución de Guatemala* 1986, 265. *Constitución de la República federativa do Brasil* 1988, 21, 18. *Constitución política de Colombia* 1991, pp. 83 y ss.

²⁷⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro, «La naturaleza de las garantías constitucionales de la persona, examinada a través e su protección judicial» en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 85, Santiago 1988, 110.

²⁷⁶ GUZMÁN, nota 275, 111.

²⁷⁷ Id. 110-111.

es a delimitar, a modo de seguridad, las justas causas por las que será lícito conculcarlos. Guzmán propone el siguiente ejemplo: «Cuando una constitución garantiza el derecho a la vida y a la integridad corporal sin perjuicio de las limitaciones legales, en el fondo, lo que hace es prohibir a todos modificar la vida de que actualmente goza una persona y su integridad corporal, salvo en tales y cuales casos»²⁷⁸.

En resumen, se ha producido un viraje en el constitucionalismo hispánico. Ya no se contenta con proclamar derechos, a la manera francesa o estadounidense. Ahora se busca darles alguna eficacia. Al efecto de acude, como en el Estado jurisdiccional, a los recursos judiciales. Pero este respaldo permanece todavía en un nivel muy poco operante, como un espejismo. En la medida en que permanece anclado a derechos individuales, los mismos para todos en todas partes, se mantiene al margen del país real y concreto de las personas y sus bienes. En una palabra, llega a todo lo que menos importa y no alcanza lo que para estos pueblos es vital, la disposición de lo suyo.

AMPARO Y MANDATO DE SEGURANÇA

Al respecto, no deja de ser significativo el hecho de que este vuelco del constitucionalismo hispánico, que lleva a redescubrir la protección a las personas por la vía judicial frente a la constitucional, esté ligado a amargas experiencias de atropellos e inseguridad, exilio o autoexilio. Baste señalar, a uno y otro lado del Atlántico, los casos de México²⁷⁹ y Portugal²⁸⁰, convulsionados por luchas intestinas y de España y Chile, que lograron librarse de un gobierno marxista²⁸¹. Lo interesante es que en tales coyunturas se reacciona, inconscientemente, al modo hispánico, con medidas concretas; no al modo ilustrado, con declaraciones de derechos. Parafraseando a Tácito, este viraje hacia lo propio, podría explicarse, diciendo que las buenas leyes son prueba de malas costum-

²⁷⁸ Id. 112.

²⁷⁹ LIRA, nota 87, 149 y ss.

²⁸⁰ Por todos, PABÓN, Jesús, *La revolución portuguesa (de Sidonio Paes a Salazar)* 2 vols. Madrid 1941-1945.

²⁸¹ Se ha exagerado la analogía entre el alzamiento de Franco en 1939 y el pronunciamiento de Pinochet en 1973. La época es distinta, comienzos y ocaso de la guerra fría, y también la línea de gobierno que se sigue en uno y otro caso. Pero hay elementos comunes, que lo son también a otros países hispánicos y, por eso resultan significativos. Uno de ellos es la invocación del *rex eris* isidoriano y de la tradición hispánica de respeto a la personas, otro la elevación del nivel de vida: España llegó a ser la sexta potencia industrial del mundo, en tanto que Chile salió del llamado subdesarrollo y se convirtió en la economía de mayor crecimiento en el hemisferio occidental. En su preámbulo, la propia *Acta constitucional* 3, nota 276 se remite a la amarga realidad que Chile vivió en los años previos al 11 de septiembre de 1973 la cual ha demostrado sin embargo, la necesidad de fortalecer y perfeccionar los derechos reconocidos en la constitución. Luego evoca «la ausencia de toda consideración y respeto a la vida privada de las personas y sus familias, así como a su honra, que caracterizó al periodo político que precedió al actual gobierno». Y concluye que «por muy perfecta que sea una declaración de derechos éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su efectiva protección», SOTO KLOSS, nota 273.

bres, contra las cuales pretenden reaccionar. O más castizamente, que los palos enseñan a la gente.

El amparo mexicano es un recurso contra el gobierno. Recogido y perfeccionado desde 1847 hasta hoy es como la contrapartida de la inseguridad reinante en el país en el siglo que corre entre 1840 y 1940. Mira a proteger frente a él las garantías individuales contempladas en la constitución. Es decir, tiene un alcance más reducido que el amparo indiano, que abarcaba cualquier agravio causado por cualquier persona²⁸².

El recurso de protección chileno, nos trae a 1976, es decir, casi cuatro décadas después. Planteado como «protección de los derechos humanos en general», en realidad tiene un contenido menos etéreo. Aparte de aspiraciones, como son los llamados derechos a la salud, a la educación, a la propiedad en general, se refiere expresamente a bienes o derechos concretos de las personas, sobre su honra, su vida e integridad física, su ocupación.

Además, expresa con toda claridad que «por perfecta que sea una declaración de derechos, éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su efectiva protección»²⁸³.

Estas palabras pueden servir para cerrar la exposición e introducir la conclusión. Reflejan un vuelco hacia la constitución jurisdiccional, un cambio de actitud frente al modelo dieciochesco de constitución. Si durante un tiempo estos países se dejaron atraer por modelos importados de constitución, a estas alturas las dejan de lado cada vez que hace falta para elaborar soluciones más eficaces y operantes. Rebrotan así el aprecio por el país real de las propias instituciones. Ante todo esto es lo que sucede en un área tan vital como la de protección a las personas y de la vuelta al reconocimiento oficial de la Iglesia. Demasiado experimentados, estos países no renuncian a su milenaria tradición de asegurar a la persona y sus bienes por medios concretos y operantes.

(II) Segunda vertiente: *rule of law*, culminación y caída

Bajo la Modernidad ilustrada el primer gran modelo de Estado de derecho fue la constitución de Inglaterra y el *rule of law*. Comenzó a ser elogiado en el continente desde la segunda mitad del siglo XVIII. Una serie de autores ilustrados, la contraponían a las instituciones de sus países, entre ellos el francés Montesquieu (1689-1755) y el suizo De Lolme (1740-1806), autor de una *Constitution de l'Angleterre*²⁸⁴. Sus obras tuvieron múltiples ediciones y enorme difusión en el Viejo y en el Nuevo mundo. Naturalmente para estos autores la constitución es algo real, plasmada en instituciones y no en un documento. No se les ocurre reducirla a un texto escrito²⁸⁵.

²⁸² LIRA, nota 87, p. 101 y ss. traza una comparación.

²⁸³ Acta nota 273, preámbulo 10.

²⁸⁴ DE LOLME, Jean-Louis, *Constitution de l'Angleterre*, Ámsterdam 1771, trad. inglesa, aumentada, Londres 1772, numerosas ediciones posteriores.

²⁸⁵ MOHNHAUPT, Heinz y GRIMM, Dieter, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, Berlín 1995.

La admiración por constitución inglesa llegó a su punto culminante en el siglo XIX, después de la aparición de constituciones escritas, que comenzaron a dictarse a fines del XVIII. Entonces, por contraste con la inestabilidad y breve duración de estos documentos, se hizo resaltar, su larga historia, su prestigio y estabilidad. Se exaltaron sus instituciones, ante todo el parlamento, pero también los jurados, el *habeas corpus*, las elecciones.

JUECES Y PARLAMENTO

La antigua constitución inglesa había muerto al terminar el siglo XVII, con la común aceptación de la omnipotencia del parlamento. Así lo testimonia en sus *Comentarios* el inglés William Blackstone (1723-1801), dos décadas antes de que se promulgaran las primeras constituciones escritas en Estados Unidos, Francia y Polonia. Allí asestó, por la vía de autoridad, un golpe de gracia al *rule of law*. Hizo suya la teoría de la soberanía del parlamento, lo que equivalía a desconocer la primacía del derecho sobre el poder. Nada quedó a salvo, ni siquiera el *common law*. A partir de entonces, se dio por sentado que *regimen politicum et regale*, había dado paso aun un mero *regimen politicum*²⁸⁶. Los ingleses quedaron expuestos, a resbalar sin remedio hacia la igualdad y uniformidad, impuestas desde arriba, en la medida en que el parlamento hiciera valer su soberanía. Pero esto se hizo con mesura, lentamente. Por eso, tardaron hasta el siglo XX en llegar a él.

En rigor, la moderación del parlamento permitió que subsistiera la primacía del derecho a través de un *common law*, subordinado en principio al *statute law* o legislación escrita. Aunque nada le impedía que el parlamento abrogara el *common law* o los precedentes, no lo hizo sino en casos aislados. Legisló poco y sólo en casos concretos se alteró el *common law*. Lo que, según señala Corwin, dio lugar a que éste se mantuviera como una suerte de *higher law*, de derecho más alto, marco de referencia o ley superior no escrita²⁸⁷. Como resume Pereira Menaut, una serie de factores lo hicieron posible: «el claro predominio del *common law* sobre el derecho legislado, la escasez de éste y la moderación de los gobernantes, el funcionamiento real del parlamento y la autonomía de los jueces una vez promulgadas las leyes»²⁸⁸.

Por mucho tiempo, el parlamento dejó estar las cosas, pero, de su lado, los jueces, consiguieron frenar el deslizamiento hacia un mero derecho legislado. Hicieron valer su propia condición de concededores del derecho y como tales, no vacilaron en enfrentar las leyes y la omnipotencia del parlamento. Puesto que los parlamentarios, sin saber derecho, tenían el poder de dictar leyes, los jueces, que sí sabían derecho, tenían la autoridad para interpretarlas. Una cosa

²⁸⁶ BLACKSTONE, William. *Comentarios on the law of England*. Oxford 1765.

²⁸⁷ CORWIN, E. S., *The «Higher law» Background of American Constitutional Law*, Ithaca 1961.

²⁸⁸ PEREIRA MENAUT, nota 12, 52.

es dictar leyes y otra determinar su sentido y alcance, Conforme a esta doctrina, Sir Frederick Pollock (1845-1937) sostuvo que los legisladores son legos y los jueces, en cambio, sabedores del derecho. Por tanto, así como al parlamento compete hacer las leyes, a los jueces compete aplicarlas²⁸⁹. Se arribó así a una práctica que recuerda a la regla *odia restringi*. Se ampliaba lo que se hallaba en consonancia con el derecho vigente o *common law* y se restringía lo que lo alteraba.

Con los precedentes, ocurrió algo semejante. Para Blackstone «los precedentes son vinculantes, a menos que sean claramente absurdos o injustos»²⁹⁰. Más de un siglo después en 1898 la Cámara de los Lores reconocía todavía su fuerza, al argumentar que, en sus funciones judiciales, ella no podía cambiar un precedente, ya que hacerlo era de competencia del parlamento, cuyas sus funciones, estaría usurpando si lo cambiara²⁹¹.

LOST RIGHT, EL DERECHO BAJO LA SOBERANÍA DEL PARLAMENTO

A estas alturas el *rule of law* inglés se había convertido en un ejemplo²⁹². De él tomaron las constituciones escritas ante todo el parlamento, como regulador de la gestión del gobierno y, por lo que toca a la protección de los gobernados, instituciones, como el *habeas corpus* y los jurados en los juicios penales. Con mayor fortuna se imitó en otros países el sistema electoral inglés, que sucesivamente en 1832, 1867, 1884 extendió el voto de los varones adultos y desde 1918 también a las mujeres, hasta llegar al llamado sufragio universal en 1928²⁹³.

Sobre estas mismas bases, se difundió también el *common law* a partir del siglo XVIII en las colonias inglesas de los cuatro continentes: no sólo en Norteamérica, sino también en países de África y Asia, como la India y en Australia. No sin orgullo podía aplicarle Dicey en 1881 la antes citada definición: «igual sumisión, tanto de los ciudadanos como del poder, a un derecho aplicado por jueces ordinarios y situados por encima de todos»²⁹⁴. Todavía en 1966, los lores de justicia y el canciller no se sentían autorizados para apartarse de un precedente. Sólo entonces decidieron que podían hacerlo cuando les pareciera del caso, siempre que no fuera por capricho²⁹⁵.

Sólo después de la primera guerra mundial, experimentó un vuelco la situación. La soberanía del parlamento comenzó a volverse opresora de los gobernados, sin que hasta ahora hubiera modo de contenerla. La avalancha legislati-

²⁸⁹ POLLOCK, Frederick, *A First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law*, Londres 1929, 357.

²⁹⁰ BLACKSTONE, nota 286.

²⁹¹ CALABRESI, Guido, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge (Mass.) 1982.

²⁹² POLLOCK, Frederick, *The Expansion of the Common Law*, 1904.

²⁹³ PEREIRA MENAUT, nota 12, 133-134.

²⁹⁴ DICEY, nota 1.

²⁹⁵ PEREIRA MENAUT, nota 12, 247.

va rompió todos los diques y el *rule of law* en Inglaterra no pudo escapar a la suerte del *common law* en los Estados Unidos y del *règne de la loi* en la Europa continental. Sucumbió frente al Estado. Al final, bajo la omnipotencia del parlamento la nivelación estatal terminó por imponerse y ocupar el lugar de la justicia y el derecho. Con ello quedó abierta la vía para el deslizamiento hacia un totalitarismo blando. Al igual que en Estados Unidos, la primacía del Estado sobre el derecho abrió paso a un totalitarismo blando²⁹⁶.

Con todo, como observa Pereira Menuat, últimamente el *rule of law* mantiene grandes diferencias con el legalismo propio del *règne de la loi*. En lo que toca a la protección de los gobernados, subsiste un núcleo de derechos originarios –*birthrights*– que los jueces mantienen a salvo de las leyes, por encima de ellas, y que en cuanto tales no son una mera autolimitación del Estado, como las garantías individuales del *règne de la loi*. Esto lleva a otra diferencia, a saber, la concepción pluralista del derecho (pluralidad de fuentes), que comprende *common law*, jurisprudencia, leyes, principios de justicia natural, equidad y libros de autoridades. Por lo mismo la producción del derecho no está monopolizada por el Estado. Todo esto hace que, el presupuesto de la vida jurídica sea el derecho mismo y no el Estado y su legislación. De ahí, en fin, que la sujeción del poder al derecho sea judicial y no legal²⁹⁷.

(III) Tercera vertiente, *règne de la loi*, por la pendiente totalitaria

El otro modelo más difundido de Estado de derecho bajo la Modernidad ilustrada fue el *règne de la loi*. Principal razón de su celebridad, fue la difusión que alcanzó en cuatro continentes. En comparación con las versiones anteriores constituía algo radicalmente nuevo. Mientras la hispánica y la inglesa se forjaron empíricamente en el curso de siglos mediante una lucha concreta para combatir los abusos contra las personas, el *règne de la loi*, fue elaborado en poco tiempo –irónicamente dice Jovellanos en pocos días– por teóricos y pensadores de gabinete, quienes vieron en la ley estatal un instrumento para rehacer el país real conforme a los dictados de la razón, vale decir, de los filósofos dieciochescos.

Así pues, la constitución deja de entenderse como una tejido viviente de instituciones y leyes fundamentales, para considerarse como una suerte de pacto social, consignado por escrito y destinado a rehacer el país real según los dictados de la razón. Por lo mismo, se la llama ley fundamental y sus promotores y redactores se proclaman llamados a hacer felices a los pueblos. «Hacednos felices», dijo literalmente a los constituyentes chilenos el Presidente Prieto en 1833, palabras que no son nuevas, pues repiten lo que venían diciendo los monarcas ilustrados de Europa²⁹⁸.

²⁹⁶ Acerca del totalitarismo blando, ATIYAH, nota 117. REINHARD, nota 9. BOVARD, nota 9.

²⁹⁷ PEREIRA MENAUT, nota 12.

²⁹⁸ BRAVO LIRA, Bernardino, *El absolutismo ilustrado en Hispanamérica*, Chile (1760-1860), Santiago 1992, 13.

Las primeras de estas constituciones escritas datan de fines del siglo XVIII. Entraron a regir en 1789 en Estados Unidos y dos años después en Francia y Polonia²⁹⁹. Conforme a la creencia ilustrada en el progreso indefinido de la humanidad por obra de la razón, alientan pretensiones de validez universal. En consecuencia, se presentan a sí mismas como una especie de fin de la historia y descartan a las versiones hispánica e inglesa como intentos superados³⁰⁰.

GOBIERNO DE LAS LEYES

El *règne de la loi* exalta el derecho escrito y prescrito de una vez para siempre en textos legales, como códigos y constituciones, a los que mira como máxima expresión de la razón y asilo contra la arbitrariedad. En comparación con este derecho legislado descalifica a la costumbre y a la jurisprudencia como reductos de la rutina y la ignorancia. De ahí que reduzca el Estado de derecho a la legalidad, es decir, a una suerte de autolimitación que se impone el propio Estado mediante la constitución escrita. Así, mientras Montesquieu relega al juez al lugar subalterno de «la boca que pronuncia las palabras de la ley»³⁰¹, Rousseau y otros autores hablan de reemplazar el gobierno de los hombres, por el gobierno de las leyes³⁰², vale decir, de instaurar el *règne de la loi*. El arte del buen gobierno, cede paso a la técnica de fabricar constituciones³⁰³.

Por constitución entienden los ilustrados un documento, extendido en un papel, por el cual se garantizan los derechos individuales mediante una autolimitación del poder del Estado, cuyo ejercicio se divide entre los llamados tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial³⁰⁴. Según esto, el Estado sólo puede hacer lo que la ley y la constitución permiten, en tanto que los individuos pueden hacer todo lo que ellas no prohíben. Por este medio, se cree poder poner a salvo, de una vez para siempre a los individuos del mal gobierno o, al menos, los abusos de los gobernantes.

El *règne de la loi* introduce así una dualidad Estado-sociedad, basada en una visión contractualista de ambos. Así como los individuos forman la sociedad por un pacto, confieren el poder a los gobernantes mediante elecciones periódicas. Ahora bien, por ser artificial, esta contraposición Estado-sociedad,

²⁹⁹ McILWAIN nota 12. MOHNHAUPT, y Grimm, nota 285.

³⁰⁰ Acerca de la noción y de sus diferencias con el *rule of law*, ver bibliografía notas 1 y 2.

³⁰¹ MONTESQUIEU, Charles Secondat, *De l'esprit des lois*, Ginebra 1748. IMBODEN, Max, *Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung*, Berlín 1969.

³⁰² BALLADORE PALLIERI, Giorgio, «La crisis de la personalidad del Estado»; en RIPERT, Georges *La crisi del diritto*. Padua 1953, trad. castellana Barcelona 1961.

³⁰³ HENNIS, Wilhelm, *Politik und praktische Philosophie. Schriften zur politischen Theorie*, Neuwied-Berlín 1963. El mismo, «Über die Krise der Politik in Neuzeit», en *Merkur*, Munich, trad. castellana en *Humboldt* 48, Munich 1972.

³⁰⁴ RAUSCH, Heinz (ed.), *Zur heutigen Problematik der Gewaltenteilung*, Darmstadt 1967, con trabajos de diversos especialistas.

sólo puede ser impuesta y mantenida, por un Estado y por una ley que estén por encima del derecho. De ahí que los gobernados, sin poderes que se interpongan entre ellos y el Estado, estén condenados a una sumisión incondicional. Según esto, la sociedad civil sin imperio, formada por una masa de individuos aislados entre sí e inermes frente al poder y a los poderosos, viene a ser la antítesis de la comunidad política, con múltiples poderes que en el Estado jurisdiccional hispánico o inglés se interponían entre gobernantes y gobernados.

El hecho, reemplazar el gobierno de los hombres por el de las leyes, tuvo un costo. Supuso desligar al Estado del monarca y por tanto abandonar sus fines supremos y permanentes en manos de la oligarquía. Al Estado del Príncipe, instrumento suyo para llevar a cabo sus tareas de gobernante, le sucedió un Estado institución, autosuficiente, del que el monarca pasó a ser primer servidor, para emplear la expresión de Federico II de Prusia y otros reyes ilustrados. Se le llama jefe de Estado. Como tal no es más que un órgano del Estado, susceptible, por tanto, de ser reemplazado por un jefe de Estado temporal. Lo que pierde no son tanto sus poderes, como su condición de detentador único del poder supremo y, como tal, su papel de garante de los otros poderes y de los débiles frente a los poderosos.

Como explica Balladore Pallieri, citado más arriba, con este elemento personal desaparece la responsabilidad del gobernante para hacer valer los fines supremos y permanentes del Estado frente a los poderosos. Este vacío que deja la monarquía lo llenó la oligarquía. No pudo ser de otro modo, ya que la minoría dirigente era su principal concurrente. A falta del rey, no había otra alternativa que ella en alguna de sus múltiples formas, desde facciones hasta partidos organizados y desde éstos hasta la llanada *nomenklatura*. De esta manera, por un rodeo, el gobierno de las leyes, va a parar, a la postre, a un inconfesable gobierno de los hombres. Las constituciones escritas pretenden en vano establecer una autolimitación.

CONSTITUCIONES ESCRITAS

Las constituciones escritas se ajustan hasta hoy a un patrón bastante estereotipado. Al respecto, la *Déclaration* francesa de 1789 es enfática: «Toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece en absoluto de constitución»³⁰⁵. Es decir, la constitución escrita recoge bajo una nueva forma los mismos dos componentes milenarios del Estado de derecho: protección de los gobernados y sujeción del poder al derecho. Una excepción es la de los Estados Unidos. Por ser la primera, no tuvo un modelo que copiar. Entregados a sí mismos, sus redactores no atinaron a mencionar garantías para los gobernados frente al poder. Se contentaron con establecer un gobierno común para las trece colonias. Pero muy

³⁰⁵ *Déclaration...*, nota 24, 16.

pronto, siguieron el precedente europeo e incorporaron, mediante una enmienda, algunas garantías al texto³⁰⁶.

Este núcleo teórico del constitucionalismo se complementa con otros elementos, muchos de ellos tomados de la práctica inglesa. Por lo mismo no resultan fáciles de implantar en otras partes. Después de todo, práctica y costumbre son como una segunda naturaleza, mucho más difícil de reproducir que los textos. No obstante se intenta introducirlas por la vía de la constitución escrita y otras, simplemente de hecho. Como es el caso del parlamento o de los partidos políticos. También se importan de Inglaterra, aunque con dispar fortuna, la representación electoral y los jurados y el *habeas corpus*. En algunos países, como los hispánicos, este recurso reemplazó a la protección de los gobernados por la Judicatura, cuya competencia fue reducida por las constituciones a los asuntos civiles y criminales. Con ello, la Judicatura quedó convertida en ese poder casi nulo, anticipado por Montesquieu, y los gobernados indefensos frente a los gobernantes.

Las constituciones escritas tuvieron gran difusión en Europa y en el resto del mundo. Pero su extensión fue más aparente que real. Una cosa es la constitución misma y otra las instituciones. Rara vez coinciden. Hay instituciones que lo son más bien de papel, como el parlamento, e instituciones *de facto*, como los partidos políticos, sin contar con los gobernantes que, a menudo, no llevan ni de apunte la constitución: llegan como pueden al poder, lo ejercen según su leal saber y entender y lo dejan, voluntariamente o no, al margen de la constitución.

Fuera de Europa numerosos países donde ni siquiera se conocía el Estado de derecho, acogieron sin grandes dificultades el *règne de la loi*. Tal es el caso de colonias europeas, de Turquía, Japón, el mundo árabe y demás. Allí su introducción no chocó contra un Estado jurisdiccional establecido, pero tampoco halló puntos de apoyo en las instituciones existentes. Fue más bien una superestructura, a menudo más vistosa que efectiva. No obstante, esta difusión impresionó y contribuyó a dar fama mundial a esta versión del Estado de derecho. Le granjeó por decirlo así, una suerte de carta de ciudadanía entre las oligarquías que manejan los Estados y las organizaciones internacionales³⁰⁷.

ENTRE DOS CONSTITUCIONES

Otra cosa fue en países que tenían su propio Estado de derecho, como los de Europa o del mundo hispánico. Allí se planteó un conflicto entre dos constituciones, la suya fundada en su instituciones y la escrita, producto de la Ilustra-

³⁰⁶ *Constitution of the United States of America (1787)*, ed., PRITCHET, Herman C., *The American constitution*, Nueva York 1959, incluye las enmiendas hasta 1951.

³⁰⁷ COLOMBO, Juan, *El debido proceo constitucional*, Santiago 2003.

ción. En Europa hubo diversas maneras de enfrentarlo. Un camino fue el de Inglaterra y Hungría, que renovaron su Estado jurisdiccional, sin abandonar su constitución histórica³⁰⁸ y otro, el de Francia, que, por el contrario, para reemplazar el Estado jurisdiccional por el *règne de la loi*, necesitó de una revolución y una larga serie de constituciones escritas que se prolonga desde 1791 hasta 1958³⁰⁹. En el resto del continente, la solución más notable fue el *Scheinkontitucionalismus* prevaleciente en Austria y Europa Central, que combinó una fachada constitucional al gusto de la época con la subsistencia de las propias instituciones³¹⁰. Los demás países, por lo general se inclinaron o por el precedente inglés o por el francés.

Donde el conflicto entre las dos constituciones llegó al paroxismo fue en el mundo hispánico. Según hemos visto, por diversas razones se eternizó. Por excepción se acudió al *Scheinkontitucionalismus*, pero en general estos países, como lo pronosticó Jovellanos, son un *hoyo negro* donde mueren las constituciones escritas. En ellos resulta difícil tomar en serio una «constitución que se hizo en pocos días, se contuvo en pocas páginas y duró pocos meses»³¹¹.

Por lo demás, la experiencia tampoco ha sido afortunada en otras partes. Salvo casos como el de Bélgica, las constituciones escritas no duran y a veces acaban en un espantoso *Gottesdämmerung*, crepúsculo de los dioses. Así sucedió, sin ir más lejos, con tres textos que los autores tienen por cumbre entre las constituciones escritas. Los tres datan del primer tercio del siglo XX: la constitución de Weimar para Alemania de 1919, la de Kelsen para Austria de 1920, y la de 1931 en España. Ninguna duró y todas se hundieron en medio de una catástrofe sin precedentes. La alemana con la implantación, por vías exquisitamente legales, de un Estado totalitario nacionalsocialista³¹², la de Austria en la dictadura, a la que siguió su desaparición como Estado, para anexarse al Estado nacionalsocialista alemán (*Anschluss*)³¹³ y la española en las matanzas de la II república y la guerra civil³¹⁴. No obstante estas experiencias, los textos se siguen considerando como modelos.

³⁰⁸ Véase nota 12.

³⁰⁹ BURDEAU, Georges, *Traité de Science Politique*, 11 vols, París 1966-1977. HAURIUO, André, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París 1970. GODECHOT, Jacques (hrgr.), *Les constitutions, de France, depuis 1789*, París 1970. DUVERGER, Maurice, *La monarchie républicaine*, París 1974. CHEVALIER, Jean-Jacques, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France*, París 1981. ROSONVALLON, Pierre, *L'état en France de 1789 à nos jours*, París 1990. MORABITO, Marcel, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, París 2001.

³¹⁰ Véase nota 259.

³¹¹ JOVELLANOS, nota 14.

³¹² GOZZI, G. y SCHIERA, Pieragnelo, (eds.), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Bolonia 1987. WINKLER, H. A., *Weimar 1918-1933. Die Geschichte des ersten deutschen Demokratie*, Munich 1993. BRACHER, Karl Dietrich, *Die nationalsozialistische Machtergreifung*, Berlin 1960.

³¹³ GOZZI y SCHIERA, nota 312; BRAUNEDER, Wilhelm, *Österreichische Verfassungsgeschichte*, Viena 2001.

³¹⁴ GARCÍA ESCUDERO, nota 231.

AUTOLIMITACIÓN DEL PODER

La historia del *règne de la loi* tiene algo de contradictorio. Exalta al Estado, pero anula al derecho. Lo que no puede menos que conducir a un aplastamiento del derecho por el Estado y, en definitiva, a una autodestrucción del Estado de derecho. Así terminó por suceder a la vuelta de dos siglos con la transformación del Estado de derecho en Estado totalitario. La estatización de derecho hizo desvanecerse como en un espejismo la autolimitación estatal.

La clave de la exaltación del Estado es la disociación ilustrada entre el más acá y el más allá, que reemplaza la visión teocéntrica del mundo y del hombre por otra antropocéntrica. A ella se suma la disolución de la comunidad política, compuesta de grupos menores en una masa de individuos que forman la sociedad política. En consecuencia, el Estado se alza por encima del orden trascendente y del orden institucional. Sin nada por encima suyo ni nada organizado por debajo, el Estado se transforma en el único poder en su territorio y sobre la población y pasa a sustituir la diversidad del *suum cuique* por la igualdad impuesta desde arriba. Entonces la constitución y la leyes dejan de servir para amparar a los gobernados frente al poder, y sirven para someterlos a la *Nomenklatura* dominante.

El precio de este monopolio del poder por el Estado es una transformación institucional. Se elimina la jurisdicción repartida entre una pluralidad de poderes –supremos y menores o intermedios– propia del Estado jurisdiccional. Entonces, aunque se divida su ejercicio en los tres consabidos poderes de la doctrina constitucional, se produce, lo que Hespanha denomina «una expropiación política de la sociedad»³¹⁵: «La progresiva expropiación de los poderes políticos de entidades superiores (papado, imperio) o inferiores (señoríos, ciudades, corporaciones, familias) y la consiguiente erupción de una entidad monopolizadora del poder político, contrapuesta a una sociedad expropiada de ese poder, sociedad civil»³¹⁶.

El Estado entra en conflicto con los demás poderes, el supremo de la Iglesia y los inferiores, y reduce a la población a una *societas civil sine imperio*, convertida en una masa de individuos iguales e indefensos frente a él. Se contraponen los intereses públicos a los privados, que en el Estado jurisdiccional eran componentes armónicos de una entidad más vasta: el bien común.

Sin barreras ni contrapoderes que contengan desde fuera al Estado, cobra forma el dualismo Estado-sociedad³¹⁷, antesala del totalitarismo, duro o blan-

³¹⁵ HESPANHA, *A Vesperas...* nota 8.

³¹⁶ HESPANHA, «Para una teoría...», nota 8, 20.

³¹⁷ Sobre la génesis y sentido de la contraposición Estado-sociedad, BRUNNER, Otto, nota 35, esp. pp. 115 y ss. SCHIEDER, Theodor, *Staat und Gesellschaft im Wandel unser Zeit*, Munich 1958. SCHMITT, Carl «Der Gegensatz von Gemeinschaft und Gesellschaft als Beispiel einer zweigliederten Unterscheidung», en LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Estudios jurídico-sociales* Homenaje a, Santiago de Compostela 1960. EHMKE, Horst, «Staat und Gesellschaft des Verfassung-theoretisch Problem»; en SMEND, Rudolf, *Festschrift*, Tubinga 1962. CONZE, Werner (ed.),

do, del siglo XX³¹⁸. Se contraponen dos esferas de acción, la del Estado y la de la sociedad civil sin imperio. La estatal se rige por la ley y la de la sociedad, por el contrato, lo que se traduce en la polaridad público-privado, con el cortejo de dualismos, que le siguen, como estatal y particular, gubernativo y judicial, político y social, y demás³¹⁹.

DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD POLÍTICA

Bajo el signo del endiosamiento de la ley, legisladores, constitucionalistas y codificadores decimonónicos no trepidaron en acudir a su omnipotencia para rehacer el país real conforme a los dictados de la razón. Su meta ya no fue como en las antiguas versiones del Estado de derecho, hispánico e inglés, el *si recte facias* ni para el *rule of law* prosaico combatir día a día abusos concretos contra las personas y sus bienes. El Estado cambia de fines, de dar y amparar a cada uno en lo suyo, como lo pide el derecho, pasa a construir un mundo mejor y más seguro, basado en la ley, como instrumento para imponer a todos lo mismo, lo que, después de todo, es antítesis del derecho.

En otras palabras el constitucionalismo desarticula la comunidad viviente, constituida por una trama de personas e instituciones, para reemplazarla por una sociedad, ideada por los pensadores y expertos, compuesta por individuos, iguales entre sí, como accionistas de una sociedad anónima. La diversidad del país real, de las personas, los bienes y las instituciones que lo conforman se

«Staat und Gesellschaft in deutschen Vormärz», Stuttgart 1962, con estudios de varios especialistas. ANGERMAN, Erich (ed.), «Das Auseinandertreten von Staat und Gesellschaft im Denken des 18. Jahrhundert», en *Zeitschrift für Politik* 10, 1963; ahora en BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang (ed.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt 1976, con trabajos de diversos especialistas. El mismo «Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat»; en BRUNNER, Otto, *Festschrift*, 1963. El mismo, «Die Bedeutung der Unterschied von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart»; en HEFERMEHL, Wolfgang, *Festgabe*, Stuttgart 1972, ahora ambos en el mismo, *Recht, Staat, Freiheit*, Francfort 1991. RIEDEL, M. *Bürgerliche Gesellschaft und Staat bei Hegel*, Neuwied 1970. BOBBIO, Norberto, *Società e Stato, de Hobbes a Marx*, Turín 1973. GARCÍA-PELAYO, Manuel, «La organización de intereses y la teoría constitucional», en *Politeia* 4, 1975, ahora en el mismo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid 1977. ENGELHARDT, Ulrich y otros (editores), *Soziale Bewegung und politische Verfassung*, Stuttgart 1976; QUARITSCH, Helmut (ed.), «Von ständischen Gesellschaft zur bürgerlichen Gleichheit», en *Der Staat* 4, Berlín 1980, con trabajos de varios especialistas. HESPANHA, Antonio Manuel, «Poder...» nota 16. KOSLOWSKI, Stefan, *Die Geburt des Sozialstaates aus dem Geist des deutschen Idealismus. Person und Gemeinschaft bei Lorenz von Stein*, Wenheim 1989. Para Chile, BRAVO LIRA, Bernardino, «Comunidad política y representación del pueblo en Chile. De la conquista a la ilustración» 1541-1760 en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 14, 1991. El mismo, «Ilustración y representación del pueblo en Chile 1760-1860» en *Política* 27, Santiago, 1991. El mismo, «Sociedad de clases y representación electoral en Chile 1860-1924» en *Revista Chilena de Derecho* 18, Santiago, 1991.

³¹⁸ REINHARD, nota 9. TOCQUEVILLE, Alexis de, *L' Ancien Régime et la Révolution*, París 1856, trad. castellana, Madrid, 1969.

³¹⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang (ed.), *Staat und Gessellschaft*, Darmstadt 1957, con trabajos de diversos especialistas.

deja de lado y se implanta un modelo ideal, único, igualitario, de individuos y derechos, que se tiene por válidos para todos los hombres y todos los pueblos, de todos los tiempos.

En estas condiciones, Estado e individuos quedan frente a frente. Lo único que se interpone entre ellos es la ley. Pero una ley que el Estado es dueño de modificar a su arbitrio porque es obra suya. Ciertamente, los individuos pueden hacer todo lo que la ley no prohíba, pero el Estado no tiene límites a la hora de imponer prohibiciones. En consecuencia la autolimitación del Estado por la constitución y las leyes, que para los autores y publicistas representaba la máxima superioridad del Estado constitucional frente al jurisdiccional, al que llaman peyorativamente absoluto, es corrediza. Tiene más de mito que de realidad, tanto que al cabo de siglo y medio fue a parar al Estado totalitario ³²⁰.

Por este camino el Estado se torna cada vez más absorbente. No cesa de crecer a costa del país real. Y la ley, de cambiar de signo. Deja de ser un límite para el Estado y se convierte en un instrumento de opresión. Cunde entonces el abuso legalizado, es decir autorizado por la ley o la constitución, frente al cual los gobernados no tienen defensa, lo que no es sino la antítesis del Estado de derecho ³²¹. Nadie está en condiciones de hacer valer un derecho supraestatal frente al poder. Los individuos, según la constitución escrita, iguales entre sí y con los mismos derechos, se encuentran de hecho aislados e inermes frente al Estado y a los gobernantes. La legalidad se trueca en legitimación de las actuaciones del poder, por el procedimiento. Según explica Luhmann, basta con atenerse al procedimiento, para que cualquier cosa pueda hacerse ³²². En tales casos, frecuentes en el totalitarismo blando, se pasa a llevar el derecho sin el menor reparo.

ESTATALIZACIÓN DEL DERECHO

Este desenlace es todo menos inesperado. El *règne de la loi*, contrariamente a lo que su nombre hace suponer, no está fundado en la ley, tal como se entendía generalmente en Europa hasta el siglo XIX, sino en la noción ilustrada de ley, como expresión de la razón humana. En contraste con ella, desde el nacimiento del *ius commune* en las universidades en el siglo XI siempre se entendió la ley como expresión de un derecho anterior y superior al gobernante y a los gobernados, inscrito, en último término, en un orden teocéntrico ³²³. En este sentido, se dice en las *Partidas* que sus mandamientos *deben ser leales, derechos y cumplidos, según Dios y según justicia* ³²⁴. Para la Ilustración, en cambio, la ley estatal

³²⁰ COSTA Y ZOLO, nota 199, 93-94.

³²¹ LUHMANN, Niklas, *Wahrheit und Ideologie*, en *Soziologische Aufklärung*, Opladen 1971. SAMPAIO FERRAZ, Tercio, «Direitos do homem, positivização do direito e perversão ideológica», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 12, Granada 1972.

³²² LUHMANN, nota 31.

³²³ BEHRENS, Okko, y LINK, Christoph (eds), *Zum römischen und neuzeitlichen Gestzsbegriff*, Gotinga 1987, con contribuciones de varios especialistas.

³²⁴ Siete Partidas, 1,1, 4. BRAVO LIRA, nota 5.

está desligada de todo orden más alto, superior a ella misma. Producto de la razón humana, es un simple acto de poder, emanado del Estado, válido por sí mismo. Como tal reclama para sí una sumisión y rendimiento, indiscutido e indiscutible, hasta entonces reservado a los textos sagrados.

Esta sumisión incondicionada a la ley es una novedad en el mundo cristiano, acostumbrado a la dualidad sacro-profano, donde nadie en la tierra tiene un poder irrestricto sobre el hombre³²⁵. Introducida por la Ilustración, en nombre de la razón, tiene algo de coránico u oriental³²⁶. A diferencia de lo que sucede en el derecho común y en el castellano no cabe examinar si es justa o injusta, buena o mala, ni deliberar si una vez acatada, corresponde o no cumplirla. Ahora, no hay nada que examinar. Toda ley por el hecho de serlo ha de ser obedecida y cumplida sin más. El reinado de la ley es, pues, un reinado de la legalidad por la legalidad. Ahora bien, dicha legalidad «puede muy bien ser utilizada para aniquilar el derecho, las personas y pueblos enteros.

Reducir el derecho a la constitución y las leyes tiene un precio. Invierte la relación entre Estado y derecho y abre las puertas para la estatización del derecho. En lugar de una primacía del derecho sobre el poder, se instaura una primacía del poder sobre el derecho. Somete el derecho al Estado, es decir, lo estatiza. En estas condiciones la Judicatura es apartada de la protección de las personas. Se la encierra en los asuntos civiles y penales e inhabilita para interponerse entre el poder y los gobernados; entonces pasa a ocupar un lugar subalterno, que le asignó Montesquieu, como un mero poder del Estado, por cierto, el último de todos y, por añadidura, casi nulo.

La inhibición de la Judicatura sigue vigente. Mientras en la Europa continental, los tribunales constitucionales abren una brecha, con su competencia para proteger a los gobernados frente al poder³²⁷ en los Estados Unidos se cuestiona su razón de ser y su eficacia y en países como Chile, el legalismo tiene todavía representantes. Todavía en 1992 el Presidente de la Corte Suprema, ante la estupefacción de muchos, inauguró el año judicial con estas palabras: «la ley la dicta(n) el... Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo y ellos dicen lo que es justo, sin que sea permitido al juez discutir o dudar de la justicia que la ley encierra». A estas alturas, en plena descodificación, sus palabras merecieron de Gonzalo Vial, por todo comentario: «ni siquiera dudar»³²⁸.

PROTECCIÓN A LAS PERSONAS

Naturalmente la protección no puede ser igual en esta nueva sociedad política que en la antigua comunidad política. En la medida en que conviven ambas

³²⁵ AQUINATIS, nota 117.

³²⁶ HATTENHAUER, nota 116.

³²⁷ COLOMBO, nota 307.

³²⁸ VIAL CORREA, Gonzalo, «Recensión» a BRAVO LIRA, Bernardino *El Estado de derecho en la Historia de Chile*, Santiago 1996, en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, Santiago 1996.

se contraponen dos maneras distintas de plantearla: una propia, más realista y efectiva y otra importada, más abstracta y declamatoria. La primera corresponde al Estado jurisdiccional, con múltiples poderes que juegan entre sí, y la segunda al Estado regulador, bajo un poder único al cual los demás han quedado subordinados. Su coexistencia es altamente significativa. Reflejan otro hecho, en cierto modo opuesto. Estos pueblos son demasiado experimentados, como para contentarse con una protección que se reduce a papeles y buenas palabras, es decir, con garantías o declaraciones de derechos. Por eso, no renuncian a su tradición milenaria de asegurar a las personas y a lo que de alguna manera les pertenece, por medios concretos y operantes. Si, como observa Stolleis, en el *règne de la loi* los medios de protección de las personas distan de estar al alcance de todos,³²⁹ en cambio en el Estado jurisdiccional, la pluralidad de grupos y poderes así como la variada gama de recursos, visitas, residencias y privilegios para las *miserabiles persona* parecen haber sido ordinariamente más accesibles al común.

Para el hombre concreto no es igual protección legal o judicial. No es igual el mundo de los bienes, que pueden hacerse valer judicialmente, al de los derechos que, en la práctica, deja al ciudadano cada vez más aislado e indefenso frente al Estado. La concentración del poder, coloca a los gobernados a merced de los gobernantes, sin otro amparo que estos derechos de papel. La protección judicial frente a abusos de gobierno es sustituida por unas garantías constitucionales, tan ineficaces como las propias constituciones³³⁰.

Al cabo de dos siglos, desde la constitución de Estados Unidos que entró a regir en 1789 hasta el derrumbe de la Unión soviética en 1991, el *règne de la loi* parece haber recorrido el ciclo completo. Se abre con las primeras constituciones escritas a fines del siglo XVIII, donde los derechos individuales aparecían como garantía de la libertad y seguridad de los ciudadanos frente al Estado, y se clausura a mediados del siglo XX en que esta autolimitación se desvanece, hasta el punto de que las propias constituciones se utilizan en contra de ellos, como instrumentos de disciplinamiento y opresión, a veces por medios inhumanos, a veces suavizados, según sucede, en todo el espectro que va desde la Unión Soviética hasta los Estados Unidos³³¹.

DEL GOBIERNO DE LAS LEYES AL DE UNA NOMENKLATURA

Según esto, la estatalización del derecho en el siglo XIX no fue más que un primer paso en el camino por el cual el gobierno de las leyes, pregonado por los ilustrados del siglo XVIII, ha venido a parar en el totalitarismo duro o blando. del siglo XX. Muchos creyeron que este deslizamiento podía frenarse en algún punto, pero tenía su propia dinámica, la burocracia, la *Nomenklatura* no suelta su presa, de suerte que ha sido difícil no verse arrastrado hasta el fin. En todo

³²⁹ STOLLEIS, nota 29.

³³⁰ BRAVO LIRA, «Honor, vida y hacienda...» nota 8. El mismo, nota 150 y Barrientos, nota 150.

³³¹ WYSCHINSKI, nota 33. BOVARD, nota 9.

caso, este llegó inesperadamente con la caída de la Unión soviética y la extinción consiguiente de la creencia en el progreso indefinido y el ideal ilustrado de rehacer el país real por el Estado.

Tras el derrumbe de la Unión soviética en 1991, uno de los temas que más inquieta es esta tendencia del Estado a invertir la función de la ley. Ya lo había entrevisto Tocqueville en el caso de la democracia en los Estados Unidos³³², y lo corroboraron los Estados totalitarios del siglo XX, el socialismo internacional de la Unión soviética y el nacional socialismo del Tercer Reich.

Si algo queda en evidencia, a estas alturas, es cuán ilusoria resulta una autolimitación del Estado mediante la constitución y las leyes. El mito comienza a desmoronarse. Naturalmente, desde las cumbres, desde las grandes figuras, pero demora en alcanzar a los *di minori*. Cada vez son más numerosas y autorizadas las voces que muestran su desencanto por el *règne de la loi*, su vacío y sus limitaciones. Proviene de países de uno y otro lado del Atlántico, donde se supone que ha alcanzado su más alto grado. En Alemania Stolleis, hace ver que este Estado de derecho sólo está al alcance de unos pocos y en pocos pueblos del mundo: «es caro, aunque valioso, de modo que, no sin razón los Estados más pobres del mundo no pueden ni quieren financiarlo»³³³. De su lado, Rupp, lo califican redondamente de «parasitario, en cuanto de él se aprovechan casi todas las personas de peso en un país y por lo mismo no sacan la voz»³³⁴, es decir hacen la vista gorda sin importarles sus deficiencias. En Estados Unidos, Bovard denuncia que el gobierno de las leyes ha dejado de constituir un límite para el Estado y amparo para las personas y se ha convertido en instrumento del Estado, para igualar y disciplinar a los ciudadanos³³⁵.

Ante esta situación, algunos buscan salvar la autolimitación por medio de declaraciones internacionales, como la europea o la panamericana, en la práctica poco observadas por los Estados suscriptores, como se ve en los horrores cometidos por lo estadounidenses contra poblaciones indefensas y contra prisioneros de guerra³³⁶. Otros, con mayor realismo, acuden no a una autolimita-

³³² Tocqueville, nota 33.

³³³ Stolleis, nota 29.

³³⁴ BRAVO LIRA, Bernardino, «Los Estudios sobre la Judicatura chilena en los siglos XIX y XX», en *Revista de Derecho Público* 19-20, Santiago 1976, Ahora en El mismo, *El juez entre el derecho y la ley...*; nota RUPP, Hans Heinrich, «Die Krise des Rechtsstaats— aus der Sicht des öffentlichen Recht»; en LÜKE, nota 29.

³³⁵ BOVARD, nota 9.

³³⁶ Los Estados Unidos no contribuyen demasiado al respeto a las personas ni dentro ni fuera de sus fronteras. Antes bien, no parece importarles tampoco. De hecho no es raro que al respecto hagan caso omiso de los tratados, las leyes e incluso las reglas de humanidad sobre acciones de guerra, trato a los prisioneros y prisión ilegal. La CIA mantiene cárceles secretas en diversos países del mundo. En octubre de 1989 se autorizó al FBI –Oficina Federal de Investigaciones–, para apresar, sin autorización el país respectivo, a cualquier persona, de cualquier nacionalidad, en cualquier parte del mundo. Con ello se legalizó la caza del hombre por la CIA, algo que los países civilizados practicaban tenían por inconfesable. Se puso así a los hombres por debajo de las fieras, que no pueden cazarse en territorio ajeno. BRAVO LIRA, Bernardino, *Poder y respeto a las personas en Iberoamérica. Siglos XVI a XX*, Valparaíso 1989. El mismo, «Kraft im Recht. Europa e Iberoamérica frente a la violencia en el mundo de los Estados, tras el Wende», en *Staat und Politik. Beiträge aus Politischer Wissenschaft und Politischer Bildung*, Baden

ción, sino a una efectiva limitación por la vía jurisdiccional. Aquí entran en juego los Tribunales constitucionales, siempre que puedan acudir a ellos los propios afectados y siempre que su competencia les permita dejar sin efecto leyes y decisiones administrativas contrarias a la constitución³³⁷. Pero también hay dificultades. Las constituciones duran poco y cambian mucho, a veces sucede lo mismo con los miembros del tribunal y, sobre todo, la competencia suele limitarse a supevisar la aplicación de un texto como la constitución. En todo caso ninguna de estas iniciativas es suficiente por sí misma. Lo que lleva a pensar de nuevo en las barreras y contrapoderes al modo del Estado jurisdiccional o al modo del *status publicus* que han alcanzado de hecho organizaciones intermedias entre el Estado y los ciudadanos³³⁸.

ESTADO DE DERECHO Y POSTMODERNIDAD

Pocas palabras bastan para sacar el balance de la Modernidad ilustrada. Las tres versiones del Estado de derecho siguen un derrotero propio. También los resultados son dispares. La suerte de la protección a las personas y sus bienes en los países hispánicos fue muy distinta a la de los individuos y sus derechos en la Europa de allende los Pirineos y en Estados Unidos. Allí, bajo el lema de Kelsen, todo Estado es Estado de derecho, ni el *règne de la loi*, ni tampoco el *rule of law* pudieron evitar ser arrastrados por las aguas que llevan a la antítesis del Estado de derecho, el totalitarismo. Sólo el mundo hispánico, fue una excepción. Como estos pueblos no suelen tomar demasiado en serio las ideologías del racionalismo europeo, allí sólo se llegó a una mascarada burocrática, a la que no sin humor se llamó *Ogro filantrópico* o *Dinosaurio*³³⁹.

No podía ser de otro modo. Cómo van creer en constituciones escritas, si en dos centurias ha habido tantas, más de doscientas; o cómo confiar en los gobernantes, si han caído a centenares: tomarse en serio parlamentos de papel, que funcionan en forma intermitente; prestar atención a garantías individuales y autolimitación del poder, inútiles para impedir el exilio, el despojo y otros abusos. En todo caso, esta indiferencia fue eminentemente positiva en cuanto bloqueó el deslizamiento hacia el totalitarismo. Sin intentar una explicación, cabe ver en este desenlace una derrota del *mythos* frente al *logos*. La decepción de quienes creían en un país legal, más humano y más feliz, de las constituciones, los individuos y los derechos, reconforta a quienes creían en del país real, con defectos y limitaciones, de las personas, los bienes y los recursos judiciales.

Baden 2003. De los campos de prisioneros de Bagram y de Guantánamo se tenía noticia. Sobre la denuncia de Joe Darby que provocó la investigación sobre el trato en Abu-Ghraib, Die Presse, Viena 17 de agosto de 2006. El Mercurio, Santiago 13 de diciembre de 2005.

³³⁷ COLOMBO nota 307.

³³⁸ YÁÑEZ, nota 268.

³³⁹ PAZ, Octavio *El ogro filantrópico*, México 1979. PENNA, José Osvaldo, *Dinossauro*, Sao Paulo 1988.

SÍNTESIS Y CONCLUSIÓN

CASUISMO, PRECEDENTE, LEGALISMO

Al cerrar estas páginas vale la pena echar un vistazo a algunas constantes de esta historia milenaria. Hasta ahora hemos examinado más que nada sus variantes, en un estudio que podemos llamar de tejas abajo. Llega el momento de redondear este enfoque pormenorizado, con otro más panorámico, de tejas arriba, que permita entrever, por encima de los hechos mismos, las grandes directrices o constantes que dominan su historia del Estado de derecho, en sus distintas versiones *more* hispánico, *more* inglés y *more* ilustrado.

Para eso hace falta, ante todo, abrirse camino por una verdadera selva de generalizaciones y malentendidos. Da la impresión que mientras más se habla de Estado de derecho menos se precisan sus contornos. Ditirambo y desencanto alternan entre sí. En nuestro caso, al menos, hemos optado por un criterio estricto, atenido a los hechos. Dejando de lado lucubraciones, construcciones doctrinales, teorías o ideales, nos hemos concentrado en tres versiones históricas del Estado de derecho, vale decir, en tres realizaciones institucionales del mismo, que han tenido vigencia en un tiempo y espacio determinado. En el terreno concreto de las instituciones todo empuja a desmontar la trama de hechos y *mythos* en que a menudo se debate la bibliografía. Este enfoque, puede contribuir de algún modo a poner las cosas, si no en su lugar, al menos, en términos más atendibles.

De esta manera, podemos perfilar mejor cada versión, seguir más de cerca su historia y sobre todo, avanzar en el análisis comparativo. Desde luego, las tres son europeas, pero no por eso dejan de ser diferentes y aun seguir un curso divergente. Cada una tiene su forma y destino singulares. Surgen en épocas distintas, tienen un fundamento y una historia propios. Cada una está marcada por la época de origen y por la manera en que se forja. En este sentido puede hablarse de constantes. Cabe decir que el Estado de derecho *more hispánico* se forja fundamentalmente de modo casuista, en tanto que el *rule of law* se basa en precedentes y el *règne de la loi*, en la autolimitación.

Casuismo, precedente y autolimitación son otros tantos modos de buscar el respeto de los gobernados por el poder y los poderosos. Unas veces se apela a un fundamento exterior, como por un derecho anterior y superior al gobernante, otras se apela a una construcción interna, mediante la cual el propio poder detenga al poder. Según el dicho, *genio y figura hasta la sepultura*, estos modos parecen ofrecer una clave para comprender y desentrañar el carácter propio de cada versión del Estado de derecho y diferenciarla de las otras dos.

A primera vista resalta el contraste entre el hispánico y el inglés frente al ilustrado. Mientras los dos primeros fueron forjados en el curso de siglos, de modo tanteante, a fuerza de respuestas concretas a necesidades también concretas, como son, el caso o el precedente, el *règne de la loi*, por el contrario, es

una construcción ideal que por su génesis recuerda a Minerva, salida entera en un momento de la cabeza de Júpiter, y por su aplicación igual todos los pueblos, a Procusto y su lecho. Se propone regular, de una vez para siempre, al margen de las creencias y del pasado, la convivencia humana. Tal es la constitución escrita, redactada en pocos días, por unos pocos pensadores y teóricos y contenida en pocas páginas, mediante la cual se pretende sustituir la constitución histórica.

Caso y precedente –el que no es más que una forma de casuismo– son modos limitados de acercarse a la realidad, conscientes de asirla sólo en parte. Esto es lo propio de la experiencia y de la sentencia, las cuales colocan a la judicatura en la cúspide de la vida jurídica³⁴⁰. Ambas se inscriben dentro de una visión teocéntrica del mundo, consciente de que sólo a la sabiduría infinita es dado captar la realidad *tota simul*, totalmente en un solo acto. En cambio la mente humana no tiene más que ir por partes, dentro de sus propias posibilidades y limitaciones³⁴¹. Por eso el *si recte facies* y el *rule of law* suponen un derecho anterior y superior al poder, a cuyo servicio están; el *règne de la loi*, por el contrario, en lugar de servir a un orden, fundado en las creencias y en pasado pretende fundar él mismo otro orden distinto y definitivo para la humanidad, discurrido por la sola razón humana, sin mayor referencia ni al más allá ultraterreno ni al pasado ni a la variedad de pueblos y lugares en más acá terreno³⁴². En consecuencia: hace de la ley y del Estado, no de la Judicatura, la cúspide de la vida jurídica.

En otras palabras, el Estado de derecho, como realización histórica, sigue un curso incierto pero abierto bajo la moderación de la Judicatura, en cuanto construcción teórica, en cambio, se convierte en una mole cerrada y rígida, regulada por la ley.

En buenas cuentas el carácter del Estado de derecho depende, de hecho, de su fundamento, teocéntrico o antropocéntrico. En un caso el derecho está sobre el Estado y en el otro, al revés, el Estado sobre el derecho. Según eso, constituye una realización histórica o de construcción teórica y, aborda de una u otra manera la protección de los gobernados, el objeto y las formas de hacerla efectiva. En un caso recae sobre la persona y sus bienes y en el otro, sobre el individuo y sus derechos y, en consecuencia, se hace efectiva mediante recursos judiciales o mediante garantías constitucionales³⁴³.

³⁴⁰ TAU ANZOÁTEGUI, nota 8. HESPAÑA, António, *Panorama histórico de la ciencia jurídica europea*, Lisboa-Macau 1994-1995.

³⁴¹ CHEVALIER, Jacques, *Histoire de la pensée*, 2 vols., París 1955, trad. castellana, Madrid 1958, 2.

³⁴² VOEGELIN, Eric *The new Science of Politics*, Chicago 1952, trad. castellana, Madrid 1968. BRAVO LIRA, el mismo, *Wissenschaft, Politik und Gnosis*, Munich 1959, trad. castellana, Madrid 1973. El mismo, *Politischen Messianismus. Die romantische Phase*, Colonia-Opladen, 1963, trad. castellana Madrid 1969. BERNARDINO, «El Racionalismo moderno», en: GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín y otros *Reflexiones sobre el socialismo liberal*. Santiago 1988, ahora, el mismo, «Construcción y desconstrucción, El sino del racionalismo moderno» (en prensa).

³⁴³ BRANDT, nota 27. BRAVO LIRA, nota 8, trabajos citados allí.

CASUISMO HISPÁNICO

El casuismo está en la entraña misma del Estado de derecho *more hispánico*. Podemos rastrearlo a lo largo de un milenio, desde sus orígenes en la Península Ibérica en los primeros siglos de la Reconquista hasta sus más recientes manifestaciones a ambos lados del Atlántico en el umbral de la Postmodernidad.

Antes de repasar sus grandes etapas, cabe considerar, a modo de introducción, el famoso *rex eris si recte facias, si non facis non eris*. Este aforismo de origen romano fue introducido en el mundo hispánico por Isidoro de Sevilla, donde arraigó con tanta fuerza que es hasta hoy un componente de la conciencia política³⁴⁴.

Recogido en el *Liber iudiciorum*, el *si recte facias* cobra vigencia en la Península Ibérica durante la Reconquista y con la Conquista se difundió también en ultramar. Más que una doctrina, es una actitud vital que, sin mayor sustento teórico, por vías fundamentalmente casuistas, persiste hasta hoy. Se prefiere el caso a la regla, es decir, la búsqueda de soluciones prácticas caso por caso, a la aplicación de una misma regla para todos ellos. Como lo expresa el propio adverbio *recte*, esto es, derechamente su fundamento, un derecho anterior y superior al poder. Aplicado al poder, condiciona su ejercicio: *recte* equivale a uso del mismo conforme a derecho. Según esto, su razón de ser es mantener el derecho, hacerlo prevalecer frente a los malhechores. Por eso, una disociación entre poder y derecho, resulta insostenible. Si el poder respeta efectivamente al derecho, los gobernados respetan al poder. A la inversa, la falta de sometimiento del poder al derecho repercute en una falta de sometimiento de los gobernados al poder³⁴⁵.

Sin ser demasiado agudo, se entrevé aquí una raíz de esa proverbial dificultad de los pueblos hispánicos de ambos mundos para tolerar el mal gobierno o de su soltura de cuerpo, no menos proverbial, frente a la ley. En principio se la acepta, pero de ninguna manera en forma incondicional. Pueden ocurrir tantas cosas, que sea mala o que no sea del caso aplicarla.

Tanto respecto del gobierno como de la ley, nos encontramos con una obediencia condicionada al uso que se haga del poder. Así lo proclama el tradicional grito *¡Viva el rey, muera el mal gobierno!* de los siglos XVII y XVIII³⁴⁶, que aflora bajo nuevas formas en los siglos XIX y XX, cada vez que el orden constitucional entra en crisis. En tales casos, una de dos: o bien el poder gobierna eficazmente dentro del derecho vigente o los gobernados buscan otra solución al margen del mismo. La constitución escrita es algo accesorio y prescindible, en comparación al bien del país. Según comprueba Reyes Álvarez en un reciente estudio sobre gobiernos civiles y militares en Argentina y Chile, durante el siglo XX, llegado el momento crítico los actores políticos de primeras fila

³⁴⁴ ORLANDIS, nota 4.

³⁴⁵ ORLANDIS, nota 4. Ver nota 77.

³⁴⁶ Sobre el sentido y recurrencia del grito, ver nota 44.

–gobernantes, militares y partidos– con tal de salvar el gobierno eficaz, no vacilan en a sacrificar sin más la constitución escrita³⁴⁷. Cada caso es cada caso y tiene sus correspondientes soluciones. No se pida respeto a la constitución cuando bajo ella el país ha llegado a encontrarse sin un gobierno capaz de sacarlo adelante. Primero está el país y su derecho, escrito o no, al buen gobierno. Antes que sacrificar al país a un texto legal, por mucho que se lo llame constitución, hay que dejar caer ese texto.

El casuismo hispánico tiene su propia historia, a la vez, milenaria y multicultural. Por su antigüedad, no depende de ningún modelo anterior y por su amplitud, tampoco tiene paralelo, pues se extiende a cuatro continentes. Sus orígenes arrancan de una época de cultura iletrada, anterior a las universidades y el derecho escrito, no obstante lo cual se insertó de lleno dentro de esta nueva época. El mejor estudio acerca de él es el que dedicó al casuismo en el derecho indiano Tau Anzoátegui, Allí expone sus orígenes, su apogeo y su enfrentamiento con el ideal racionalista de sistema desde el siglo XVI al XVIII³⁴⁸.

TRAMA MULTICULTURAL

Ciertamente, la historia de Europa está jalonada por múltiples e intensos encuentros entre pueblos de cultura, creencias y costumbres diferentes, como sucede también en las tierras danubianas, pero estos encuentros nunca alcanzaron proporciones y duración comparables a las que tuvieron lugar en la Península, durante la Reconquista, entonces frontera entre dos mundos, la Cristianidad y el Islam y en el Nuevo Mundo, entre conquistadores y conquistados.

Esta larga y variada experiencia tiene como hilo conductor una visión teocéntrica del hombre y del mundo que coloca al derecho por encima del poder y de los poderosos. De esta manera, bajo el lema condicional *si recte facias* –si acaso actúas derechamente– los vocablos cruce, mezcla, mestizaje y similares, cobraron un alcance sin precedente. Primacía del derecho y experiencia multicultural, como expresión de la visión teocéntrica del hombre y del mundo, se entretajan en una trama única que, nacida en la Reconquista y se reedita luego a partir de la Conquista. En efecto, tanto en la Península como en ultramar, el contacto y convivencia en un mismo suelo entre gentes de distintas culturas y modos de vida, fue ocasión y, a menudo estímulo, para pulir y diversificar la protección a las personas. Obligó a plantear y replantear, una y otra vez, los modos concretos de hacerla efectiva.

Aplicado en los escenarios más variados, tanto en la Península como en ultramar, este casuismo hispánico alcanzó una dimensión multicultural³⁴⁹. Se

³⁴⁷ REYES ÁLVAREZ, nota 16.

³⁴⁸ TAU ANZOÁTEGUI, nota 8.

³⁴⁹ Ver nota 46. GIESE, Bernhard (ed.) *Nationale und kulturelle Identität*, Francfort 1991. SCHULZE, Hagen, *Staat und Nation in der europäischen Geschichte*, Munich 1994. BADE, Klaus J. (ed), *Die multikulturelle Herausforderung. Menschen über Grenzen und Grenzen über menschen*,

tradiujo en una lucha concreta por el derecho y, dentro de ella por la protección de las personas. Tales son las coordenadas, entre las cuales discurre la forja del Estado de derecho hispánico: primacía del derecho y experiencia multicultural.

Las grandes etapas del casuismo hispánico, clave del más antiguo Estado de derecho en Europa y también del más antiguo fuera de Europa, pueden recapitularse en tres momentos: uno originario, iletrado, anterior al jurista científico, a las leyes y al Estado. Otro, de apogeo, tras la aparición de las universidades, en la que se combina el tradicional casuismo iletrado con el nuevo casuismo erudito y letrado. En ella se añade al Estado de derecho hispánico el inglés, fundado en el precedente y en el *common law*. Entonces se configura en toda Europa el Estado jurisdiccional. En fin, como epílogo, una tercera etapa de enfrentamiento entre estas dos versiones del Estado de derecho y el *règne de la loi*.

EL CASUISMO ORIGINARIO, ANTERIOR AL DERECHO ESCRITO, A LAS LEYES Y AL ESTADO

Los orígenes del casuismo hispánico nos llevan a los albores de la Europa medieval, a una cultura oral anterior al cultivo científico del derecho en las universidades. Es una época de violencia e inseguridad, particularmente acusada en la Península Ibérica donde el califato tiene una clara superioridad sobre los principados cristianos.

Este es el escenario de los primeros siglos de la Reconquista, donde despunta el casuismo. Surge de modo completamente primario, en el seno de una cultura oral –sin jueces, sin leyes y sin Estado– como era la europea de entonces³⁵⁰. En medio de la inseguridad reinante, los hombres sólo podían hallar una mínima protección para ellos, los suyos y sus bienes o en la propia parentela, sostenida a veces por otras ligadas a ellas, o en un señor, quien contaba con la tierra y gente bajo su poder³⁵¹. Allí no cabía ninguna elaboración doctrinal. Todo tenía un origen práctico en las creencias y los usos tradicionales. No había lugar sino para respuestas concretas a situaciones concretas. Bajo estas condiciones la lucha por el derecho, casuista y tangible, halló en los fueros locales y personales un medio de afianzar la sumisión del poder al derecho y al amparo de los bienes de las personas y lugares³⁵².

Munich 1996. SCHMALE, Wolfgang y STAUBER, Reinhard, (ed.) *Menschen und Grenzen in der Frühen Neuzeit*, Berlín 1998. En relación a la América hispánica; RODRIGUES-MOURA, Enrique (ed.), *Von Wäldern, Städten und Grenzen*. Francfort 2003.

³⁵⁰ GARCÍA PELAYO, «La idea medieval del derecho», en *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político*, Madrid 1968. ALTHOFF, Gerd, vid. nota 5. GROSSI, Paolo, *L'Ordine giuridico medievale*. Roma-Bari 1995. trad. castellana, Madrid 1996. ASCHERI, Mario *Istituzioni medievali*, Bolonia 1994. CORTESE, Ennio, *Diritto nella storia medievale*. Roma 1995.

³⁵¹ BRUNNER, nota 3. ALTHOFF, nota 350.

³⁵² Véase nota 55 y ss.

Los fueros son realistas hasta el extremo. Nacidos en tiempos de violencia, no se pierden en teorías. Van derechamente a la práctica. Parten de la base, totalmente empírica, de que mantener a raya a los malhechores es el único modo de atajar la violencia y hacer prevalecer el derecho. Surgidos de un modo eminentemente casuista, tienen metas limitadas y realistas. Por lo mismo, también flexibles. Lo que en el escenario multicultural de la Península lleva respetar y hacer respetar la diversidad entre los hombres y las culturas, como algo eminentemente positivo, con lo que hay que contar, por ser natural y propio de cada uno y en consecuencia, enriquecedor para todos. Nada más lejos de la uniformidad impuesta desde el poder. Ese respeto se traduce en dar a cada uno lo suyo. Así lo dejan de manifiesto tras la reconquista de Toledo, la antigua capital del reino visigodo en 1086, los fueros por los que Alfonso VI confirmó, al mismo tiempo su propio derecho a repobladores, francos, mozárabes, judíos y musulmanes³⁵³. Más aún, en contraste con lo que ocurre allende los Pirineos, el rey se tituló entonces emperador de las dos religiones³⁵⁴.

Bajo estas condiciones, surge de un modo nada espectacular, el Estado de derecho. Por primera vez en Europa, el rey transforma su señorío de derecho, en un Estado de derecho³⁵⁵. Además, en contraste con lo que ocurre allende los Pirineos, ese Estado está marcado desde su nacimiento mismo por un sello multicultural, bien patente en la mencionada titulación adoptada por Alfonso VI.

CASUISMO Y DERECHO ESCRITO: LEY, JUEZ LETRADO Y ESTADO JURISDICCIONAL

Ahora bien, el casuismo es anterior al gran vuelco intelectual que marca en la Europa del siglo XI el auge de la cultura y el derecho letrados, surgidos con las universidades. Con ellos se abre una nueva etapa en la historia del derecho, caracterizada por el juego entre el nuevo derecho erudito, elaborado por los juristas, al que se califica de *ius commune* y la multitud de antiguos derechos, orales y consuetudinarios, a los que, por contraste, se denomina *iura propria*. El casuismo no desaparece. Antes bien, prospera bajo nuevas formas. Así como los dos derechos, común y propio, no se excluyen, tampoco las dos formas de casuismo, la práctica e iletrada y la letrada y erudita, las cuales conviven, de suerte que a través de ambas vertientes el casuismo domina sin contrapeso³⁵⁶.

³⁵³ SÁNCHEZ-ARCILLA, nota 50.

³⁵⁴ MENÉNDEZ PIDAL, Ramón, «Adefonsus imperator toletanus magnificus triumphator» en *Boletín de la Academia de la Historia* 100, Madrid 1932, ahora actualizado en el mismo *La idea imperial de Carlos V*, Buenos Aires-México 1941.

³⁵⁵ BRAVO LIRA, nota 3.

³⁵⁶ Véase nota 49.

En efecto, el nuevo derecho científico, elaborado por los juristas, es también casuista y, por tanto, lo son asimismo las leyes y el Estado jurisdiccional. Pero se trata de una forma de casuismo diferente. Los estudiosos inauguran un modo de trabajo más bien doctrinal, basado en autores y textos, como los romanos o canónicos, que son el fundamento del *utrumque ius*. Sus métodos nada tienen en común con la forja de soluciones del derecho práctico por vías empíricas, a fuerza de experiencias³⁵⁷.

Este contraste afecta ante todo al Estado de derecho. Bajo el influjo del redescubrimiento de las obras de autores como Aristóteles, los letrados redefinen el papel del rey justiciero. Para ellos las tareas del Príncipe va más allá de mantener a sus vasallos en paz y en justicia. No se agota en mantener el derecho anterior y superior a él. Además de eso, le corresponde regular racionalmente la actividad de los gobernados y, con este objeto, dictar leyes. Gobernar ya no es simplemente corregir, sino ante todo dirigir, lo cual va mucho más allá del regir y corregir altomedieval³⁵⁸.

Esta noción erudita del gobierno no se impuso en todas partes al mismo tiempo. Hasta la Edad Moderna, el arquetipo del gobernante sigue siendo el juez, según lo atestigua el favor de que goza la sentencia de Bártolo: *melius est enim regi a iusto iudice quam a iusta lege*³⁵⁹. Para los territorios alemanes, ha mostrado Simon que esta noción la tradicional, prevalece por lo menos hasta el siglo XVII. En el mundo hispánico la antinomia entre las dos formas de concebir el gobierno es todavía más duradera. Parece prolongarse, a lo menos, hasta el siglo XX. Pese a que, desde las *Siete Partidas* se intentó combinar por una vía erudita ambas nociones, la vertiente iletrada de casuismo y el Estado jurisdiccional prevalecen hasta la codificación. Esta es una de sus constantes.

El Estado jurisdiccional, se consolida en la baja Edad Media peninsular sobre la doble base de la primacía de derecho sobre el poder y los poderosos y la protección de las personas. Constituye una expresión institucional de la lucha por el derecho. En medio de las experiencias culturales más dispares surge como un Estado de derecho por excelencia, constituido por múltiples poderes, cada uno de los cuales tiene una esfera de acción propia, pero limitada³⁶⁰. Dos de estos poderes son supremos —el estatal y el eclesiástico— y los demás menores. De esta suerte, en la práctica, no sólo en la teoría, todos los poderes, desde el pontificio y el real para abajo, son limitados. Todos deben actuar dentro del radio de acción que les fija el derecho. Están sometidos al mismo, en términos que subsisten mientras se ajusten a él y caducan, desde el momento en que no. O sea, para ellos vale plenamente el aforismo *rex eris si recte facias, si non facias non eris*.

Según se atengan al derecho o lo sobrepasen, se distingue entre uso y abuso del poder, buen y mal gobierno, ley justa e injusta. Compete a los juristas determinar cuando hay uso o abuso de poder. La cual sitúa a la Judicatura, llamada

³⁵⁷ COING, nota 49; Bellomo, nota 49.

³⁵⁸ SIMON, nota 5.

³⁵⁹ BORTOLO, in l. praesenti in prins. In C, de his qui ad Eccl.

³⁶⁰ HESPANHA, «Para una teoría...» nota 8. El mismo «O Antigo...» Id.

a dirimir las controversias jurisdiccionales, en la cúspide de este Estado jurisdiccional³⁶¹. Es la clave de la primacía del derecho y de la protección de las personas y sus bienes. Por esta vía, ni la persona ni sus bienes quedan a merced del poder y de los gobernantes. En caso de demasías y atropellos, hay recursos judiciales o extrajudiciales. Y, en último término, porque se cuenta, además, entre los medios de restablecer el derecho conculcado con la resistencia y rebelión legítimas³⁶². No olvidemos el *Viva el rey, muera el mal gobierno*³⁶³.

Lo dicho para el poder, vale también para la ley, que a partir de esta época, bajo la cultura letrada cobra cada vez mayor significación. Se hace valer ahora para la *lex*, la misma disyuntiva *eris-non eris*, aplicada desde la alta Edad Media, al *rex*. También la ley se entiende condicionada por un derecho anterior y superior al poder y a los poderosos. Según esto, hay buenas y malas leyes. En otras palabras, la ley no se acepta a ojos cerrados. Aunque se parte de la base de que es justa, antes de darle cumplimiento, se examinan su contenido y sus efectos. Expresión muy significativa de esta libertad de espíritu frente a ella es la distinción en materia canónica y temporal entre obediencia y cumplimiento. Se la obedece invariablemente, como mandato del rey o del Papa, pero en cuanto a su cumplimiento, se lo sujeta a que sea o no contraria a derecho. Esta doctrina, elaborada por los autores, fue recogida oficialmente por el rey, quien aprobó la suspensión del cumplimiento de la ley injusta³⁶⁴.

En buenas cuentas, la ley no es en modo alguno ni para el gobernante ni para los gobernados la última palabra, algo incondicionado, que deba aceptarse siempre y en todos los casos. Medio en broma, medio en serio, lo recuerda el adagio castellano: *hecha la ley, hecha la trampa*. O sea, la ley es un medio, ni más ni menos que eso, con ella se intenta contribuir al buen gobierno, pero no arreglar el mundo. Por último, entre los medios de restablecer el derecho conculcado se cuenta se, además, con la resistencia y rebelión legítimas. Debido a la distancia, estas instituciones tuvieron su máxima aplicación en América hispánica y Filipinas, si bien la suspensión de la ley sufrió una gran limitación, en interés de la protección de las personas, pues no se la admitió respecto de las leyes favorables a los indios, que constituían el grueso de la población.

CULMINACIÓN DEL CASUISMO Y DEL ESTADO DE DERECHO HISPÁNICO

Este Estado de derecho multicultural, casuista y concreto, alcanza su apogeo en la Edad Moderna. Se extiende entonces a escenarios cada vez más amplios y variados, como los de la América indiana, Goa y Filipinas. En estos nuevos países, al igual que antes en la Península, el contacto y convivencia en

³⁶¹ Id.

³⁶² Véase nota 35.

³⁶³ Véase nota 44.

³⁶⁴ GONZÁLEZ ALONSO, nota 77.

un mismo suelo entre gentes de distintas culturas y modos de vida, fue ocasión y, a menudo estímulo, para pulir y diversificar la protección a las personas. Obligó a plantear y replantear, una y otra vez, los modos concretos de hacerla efectiva. Como en el caso de los fueros medievales se procedió por vías eminentemente casuistas que, al compás de las necesidades y circunstancias de las nuevas tierras y sus habitantes, prosperaron asombrosamente.

En este sentido, el casuismo hispánico llega a su culminación en esta época. Anclado en una visión teocéntrica del derecho y del hombre, muy anterior al cultivo científico el derecho en las universidades, debido a su flexibilidad, no tuvo problemas para extenderse a otros escenarios culturales, a gentes de mentalidad y modos de vida muy dispares. Después de los mozárabes, moros y moriscos, se extendió a los múltiples pueblos indígenas de ultramar. Al respecto la obra de Tau Anzoátegui es fundamental. En ella analiza cuatro campos operativos el aprendizaje de los juristas y el jurista ideal del Barroco, la creación legal del derecho y la jurisprudencia y finalmente la aplicación casuista del derecho³⁶⁵.

A estas alturas, los autores no vacilan en ponderar la superioridad del casuismo, frente a quienes lo miran despectivamente, como algo imperfecto en comparación a la regla y al sistema. Casuismo y diversidad van juntos y tienen en común un doble fundamento, teológico y práctico. Si, desde el punto de vista práctico, el casuismo tiene un fundamento en el clima multicultural del mundo hispánico, formado por pueblos de tres continentes, desde el teológico, lo tiene también, como razona Fray Luis de León en el siglo XVI: de Dios, omnipotente y omnisciente, cuyo gobierno es extremadamente perfecto, es propio ejercerlo no mediante leyes sino tratar a cada caso como es. De los hombres, en cambio, es propio usar de reglas para todos los casos³⁶⁶.

De esta suerte, durante la Conquista y el Barroco el Estado de derecho hispánico, dejó de ser algo europeo y alcanzó formas inéditas y dimensiones mundiales. Nadie supo mejor que los españoles y portugueses ver y tratar como personas a los hombres de otra raza, lengua, creencias y costumbres, por encima de tales diferencias. En lugar de aislarse, de establecerse aparte de la población indígena circundante, como un elemento extraño, se establecieron en medio de ellos y les dieron lugar dentro de su propio mundo, que era el moderno, unificado bajo la preponderancia europea. Tal es el sentido que tuvo la aplicación a ellos de la categoría jurídica de persona y de *miserabiles personae*, vale decir, personas pero desvalidas, llamadas a integrarse, sin perder su propia identidad, dentro de ese mundo moderno. En lugar de apartarlos como bárbaros, al modo griego o de mantenerlos distantes, cuando no exterminarlos, lisa y llanamente, como se practicó en las colonias europeas, los hispanos lucharon por enseñar a los nativos a vivir en policía, es decir de un modo civilizado, a fin de capacitarlos para recibir la Fe cristiana y acceder a las formas de vida europeas.

³⁶⁵ TAU ANZOÁTEGUI, nota 8.

³⁶⁶ LEÓN, fray Luis de, *De los nombres de Cristo*, 1583. TAU ANZOÁTEGUI, nota 8, 50 y ss.

Así nació el Nuevo Mundo u orbe indiano, fruto del cruzamiento racial y cultural entre europeos e indígenas. Por su carácter mestizo y multicultural no hubo cabida para imponer desde arriba ningún modelo uniforme. Las lenguas, costumbres e instituciones indígenas fueron expresamente acogidas por el derecho. Esta diversidad viviente contrasta con las tendencias a dar a todos lo mismo, que desde el siglo xvii se abren paso en la Europa de allende los Pirineos.

En el orbe indiano, surgido bajo el signo de la lucha por el derecho y protección de las personas, sólo hubo lugar para respetarse a unos y otros, para dar a cada uno lo suyo, en lo que consiste precisamente el derecho, en una palabra para el *recte facias*. Sin este respeto e interés por el otro, no hay Estado de derecho, sino dominación de los nativos por una minoría europea, al modo colonial. En la medida en que en Indias la monarquía se interpuso entre conquistadores y conquistados, hizo posible que se reconociera a los naturales un lugar propio dentro del mundo surgido de la penetración europea: la *república de los naturales*.

Ahora bien, a la Judicatura, clave del Estado jurisdiccional, le corresponde amparar a los débiles frente a los poderosos. Dentro de la más pura mentalidad casuista, los autores del Barroco coinciden en exaltar la libertad de espíritu frente a la ley. No vacilan en sostener que *los buenos jueces hacen buenas las malas leyes*³⁶⁷. En buena parte gracias a este casuismo, puede decirse que en Indias este Estado jurisdiccional, dejó atrás o se anticipó, en muchos aspectos, al europeo. Lo que se advierte, tanto en el plano de sus instituciones –los cuatro ramos del gobierno temporal– como en el de protección a las personas.

ENTRE CASUISMO Y LEGALISMO

Las cosas cambiaron en el siglo xix. Entonces se abrió paso en el mundo hispánico una actitud legalista, proveniente de la Europa de allende los Pirineos, difícil de conciliar con el ancestral casuismo.

El legalismo tuvo un momento de gloria bajo la Ilustración. Se proclamó entonces que las constituciones y las leyes podían hacer felices a los pueblos. Pero pronto vino la desilusión y revivió la indiferencia casuista frente al derecho legislado, que, desde entonces, debió ser impuesto a la fuerza por una minoría. Esta pugna alcanzó su punto culminante en la época de las constituciones escritas y los códigos decimonónicos. Sólo declinó en la segunda mitad del siglo xx en la medida en que la descodificación y a un mayor sentido de la realidad entre constitucionalistas y legisladores atenuó la tensión entre país legal de las constituciones y el país real de las instituciones.

Punto de partida de la antinomia casuismo-legalismo fue la inversión de la relación entre derecho y poder, del tradicional *si recte facias*. Como conse-

³⁶⁷ CERDÁN DE TALLADA, Tomás, *Veriloquium en reglas de Estado, según derecho divino, natural, canónico y civil de Castilla*, Valencia 1604.

cuencia, todo el edificio del Estado de derecho hispánico se cuarteó. En primer término, el legalismo rompió la sujeción del poder a un derecho anterior y superior. Lo que equivale a reemplazar el Estado de derecho por un derecho del Estado, vale decir por una suerte de autolimitación del poder, mediante una constitución y unas leyes que él mismo dicta y modifica a su arbitrio. Llevar esta transformación al plano institucional no fue fácil. El Estado jurisdiccional con sus múltiples poderes, cada uno con una esfera propia resultó más resistente de lo que se suponía. Los intentos de implantar en su lugar un Estado constitucional, de corte legalista, con un poder único e ilimitado, regulador de las actividades de la población, se frustraron. De hecho, desde el siglo XIX el mundo hispánico se debate entre dos constituciones: una escrita, que no consigue durar, y otra jurisdiccional, que se niega a morir³⁶⁸.

Ofrece entonces un espectáculo original: las construcciones teóricas del legalismo, a menudo impracticables, fueron, sobrepasadas por realizaciones históricas casuistas, verdaderamente operantes, en las que no hubo más remedio que apoyarse. Dos o tres ejemplos bastan para ilustrarlo. Conforme a la constitución escrita, el poder estatal único e limitado, no aplasta a los gobernados si ejercita a través de los llamados tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. Pero en los países hispánicos esto no fue óbice para que las constituciones escritas se inclinaran ante hechos más fuertes que ellas, como son la subsistencia de los dos poderes supremos tradicionales –Estado e Iglesia–, en lugar del único poder estatal o la implantación, de hecho, de una monocracia, hasta entonces desconocida y del todo incompatible con la división de poderes. Desde la quiebra de la constitución jurisdiccional, se impuso por encima de todas las constituciones escritas, como la piedra angular del gobierno. Pasó a ser, en la práctica, el elemento más permanente e inamovible de la constitución.

Esta monocracia es algo nuevo. Surge a consecuencia de la ruptura del binomio audiencia-presidente. A ello contribuyeron las constituciones escritas, por partida doble. Por una parte, redujeron a la Judicatura a los asuntos civiles y criminales y, por otra, intentaron regular la gestión del gobierno mediante parlamentos, institución sin ningún antecedente y que no llegó a tener una vida regular. En estas condiciones la pretendida división de poderes no pasó de ser de hecho una parodia y estos países no tuvieron, también de hecho, otra alternativa que cargarse al único elemento vivo del binomio, capaz de ejercer efectivamente el gobierno, el presidente. La monocracia se impuso así como algo inevitable. Esta situación más sólida y duradera que cualquier constitución escrita, persiste de uno u otro modo hasta ahora, por encima de ella.

LO IMPORTANTE Y LO INDIFERENTE

Se inició así toda una época, caracterizada por la primacía de las instituciones sobre las constituciones. Para nadie es un misterio que en estos países los

³⁶⁸ BRAVO LIRA, nota 13. CLAVERO, nota 13.

gobernantes llegan al poder y lo dejan al margen de la constitución, para no decir nada de que, una vez en el poder se sienten autorizados para saltársela cuando el interés del país lo aconseja. Además, el tiempo de su permanencia en el mando es impredecible, no se atiene a ninguna constitución, a veces son décadas, como Porfirio Díaz, Solano López, Trujillo, Salazar o Franco y otras veces, meses, como tantos cuyos nombres son difíciles de recordar. En una palabra, el gobernante monocrático es anterior a la constitución escrita y está por encima de ella. Es decir en su caso en materia de constitución hay cosas que importan y cosas que dejan indiferente.

Otro tanto ocurre en materia de protección a las personas. Se advierte el mismo desencuentro entre las construcciones teóricas del constitucionalismo y las realizaciones prácticas propias de la mentalidad de estos pueblos. Junto con desconocerse la primacía del derecho sobre el poder, se desconoce en las constituciones escritas también la protección casuista a las personas y sus bienes –*suum cuique*– y los recursos que la hacen operantes. Se proponen reemplazar esto por una protección genérica a los individuos y sus derechos, igual para todos, mediante garantías contempladas en la constitución y las leyes. Habla de ciudadanos y derechos individuales, en lugar de personas y bienes. Esto no tiene mayor relevancia respecto de los deberes cívicos y derechos políticos como participación en el gobierno, sufragio, elecciones representación electoral que ahora se introducen. En cambio, lo que afecta vitalmente es la eliminación de la protección de sus personas y bienes –honor vida y hacienda–, mediante recursos a la Judicatura y se reemplazó por unas garantías individuales etéreas –iguales para todos– amparadas legalmente, mediante declaraciones contenidas en la constitución, como tales, a merced de lo que decidan los gobernantes. De hecho, ésta es una época negra para la libertad personal y para la propiedad, a causa del exilio, el despojo y la persecución

Esta experiencia llevó a Bello a hacer notar, ya en el siglo XIX, que la lucha concreta por el derecho y, dentro de ella, la protección a las personas y sus bienes, no se deja reducir ni reemplazar por catálogos de derechos o garantías individuales, elaborados en un escritorio, tan universales en el papel como inoperantes en el hecho³⁶⁹. En otros términos, el Estado de derecho es una realización histórica, con todo lo que ésta tiene de empírica. En cuanto tal, es la antítesis de una construcción teórica, como el Estado del constitucionalismo, concebido al modo decimonónico, por redactores, convencidos de que, mediante un texto de esta naturaleza, podrían evitar de una vez para siempre los abusos, que se cometen entre los hombres desde que el mundo es mundo. Por el contrario, la protección a las personas corre de tal modo unida a la vida de estos pueblos, a sus necesidades y a su historia, que, a diferencia de esas constituciones escritas, no es exportable a otros países, ni menos, es fácilmente reemplazable como ellas por un modelo foráneo en el propio país.

Detrás de estas contradicciones hay algo más decisivo que problemas institucionales, una cuestión de mentalidad ligada a la preferencia del casuismo

³⁶⁹ BELLO, nota 27 y 263 y ss. BRAVO LIRA, «Derechos civiles...» nota 8.

frente a la regla. Casi podría decirse con Bártolo *melius est enim regi a iusto iudice quam a iusta lege*, es preferible la decisión del que conoce los hechos caso por caso a la del que pretende regularlo de una vez para siempre.

De entrada, la constitución escrita no convence. No pertenece al orden de lo importante. Es secundaria. Para los hispanoamericanos e hispanoeuropeos es todo menos que un asunto vital. Sus intereses están por otro lado, desde luego más concreto que el mundo feliz del progreso indefinido. A la mayoría parece bastarle con disponer como siempre de lo suyo, o sea de su persona y bienes. Lo demás, le tiene sin cuidado. No les va ni les viene. Como explicaba Bello, para ellos, muchas cosas están antes que una constitución³⁷⁰.

En sí misma, la constitución como tal, interesa poco y a unos pocos. Para colmo, éstos ni siquiera están de acuerdo. Viven disputando entre sí sobre la constitución ideal, obra de un grupo, la constitución escrita está siempre en vilo, ya que nunca faltan descontentos que trabajan por echarla abajo y poner en su lugar otra más a su gusto, cuando no para suprimirla lisa y llanamente.

Así las cosas, estas constituciones, cuentan poco y cambian sin cesar. Como sabemos, ya van más de doscientas en el mundo hispánico y de ellas tan sólo cuatro han logrado vencer la barrera de una vigencia de siquiera medio siglo³⁷¹.

Resultado de esta lucha interminable en torno a la constitución de papel es, aparte de su desprestigio, una disociación entre Estado de derecho y constitución escrita. Se transforman en dos cosas aparte, cada vez más desconectadas entre sí. Una cosa es primacía del derecho sobre el poder y protección a las personas, propia del Estado de derecho jurisdiccional y otra cosa, división de poderes, parlamento, elecciones y garantías individuales, de la constitución escrita y del Estado constitucional.

CASUISMO Y CONSTITUCIONALISMO

El constitucionalismo hispánico es el más prolífico del mundo, en verdad, desbordante en todo sentido. Se habla de una historia fantástica pero verdadera³⁷². Esta riqueza no se debe sólo a sus fracasos, sino en buena medida a su plasticidad para copiar y combinar modelos foráneos y producir textos, proyectos y reformas. Pero, a la postre, todas estas experiencias han favorecido al casuismo. No lograron reemplazarlo, puesto que era una realización histórica. Bajo el barniz de la legalidad, mantuvo su vigencia.

Sin olvidar su desenvoltura para deshacerse del mal gobierno, a que nos hemos referido, estos pueblos también han dado muestras durante el siglo XX de su libertad de espíritu frente a la ley. En virtud de un casuismo inveterado, cada país y cada región desarrolló sus propias maneras de cumplir o de dejar de

³⁷⁰ Véase nota 27.

³⁷¹ BRAVO LIRA, nota 15, con cuadros cronológicos de las constituciones hispánicas.

³⁷² BAINVILLE, Jacques, *Les dictateurs*, París 1935, trad. castellana, Santiago 1936.

cumplir las leyes. Constituciones y códigos fueron pasados a llevar de múltiples formas. Y estas prácticas fueron y son, a menudo, positivas. A título de ejemplo cabe mencionar, el juego entre fachada constitucional y prácticas extraconstitucionales, *Scheinkonstitutionalismus*, que dio estabilidad al Brasil y al Chile decimonónicos y desde la década de 1930 al México actual.

Si hay algo que no cabe en la mente hispánica es una veneración del poder y de los actos de poder. Aquí no hay dux, *Duce* o *Führer* que valga. Menos, cabe confiar en una ley, que es obra de los hombres, sea de un rey, de una mayoría parlamentaria o de una *Nomenklatura* partidista. Lo que cuenta no es *quién* manda, sino *qué* manda. Si hay algo que no puede pasarse por alto es esto, el contenido de las leyes, máxime si amenaza o perjudica de alguna manera el propio ámbito de disposición personal, que en definitiva, es lo único que verdaderamente importa.

Ni Kelsen ni nadie, les impide distinguir entre buenas y malas leyes. Aparte de que una legalidad por la legalidad sería servilismo, linda en el absurdo. Verdadera aberración, envilece por igual a quien la acepta que a quien la propugna³⁷³. En suma, nadie se hace ilusiones en materia de leyes, porque está viva la conciencia, que podríamos llamar altomedieval, de lo propio. Con realismo implacable, no se espera recibir nada, ni del gobierno y ni de las leyes, como no sea privilegios, liberaciones, exenciones. Por el contrario, de todos ellos se teme verse despojado de lo propio. Una vez más, sale a relucir el derecho, anterior y superior al gobernante, que éste debe acatar si quiere se acatado de los gobernados: *si recte facias*, si actúas derechamente. No deja de ser llamativo que a estas alturas, este sentir hispánico se vea confirmado en la Europa de allende los Pirineos y en los Estados Unidos por el desencanto respecto de la ley. Según lamenta un autor reciente, la ley ha dejado de ser para ellos una garantía y se ha trocado en la peor amenaza³⁷⁴. El título de su obra *Lost Right*, el derecho perdido, la destrucción de la libertad americana es de sobra significativo. Ya ni ellos creen en la ley, el mito se ha desvanecido.

En suma, el mundo hispánico ofrece un espectáculo altamente original. Entre las construcciones teóricas del legalismo y las realizaciones históricas del casuismo no hubo donde perderse. El casuismo impidió un triunfo del legalismo. Según vio con agudeza Bello ni la constitución ni el derecho codificado se toman demasiado en serio. Aparte de algunos *di minori*, nadie cree en ellas, ni siquiera quienes las dictan. Raro es el que piensa que, si se cumplen, las leyes vayan a servir de algo. Eminentemente pasajeras, las constituciones son todo menos una ley fundamental. Nada lo muestra mejor que las instituciones supraconstitucionales, que son las inamovibles, y la primera de ellas, la monarquía.

Tan poco se cree en las leyes que se usa y abusa de ellas como recurso publicitario para hacer sentir que el gobierno u otros en lugar de solucionarlo prestan atención a un problema o a un tema de actualidad. Leyes y proyectos de leyes se toman como recursos efectistas más bien que efectivos. Mientras

³⁷³ BRAVO LIRA, nota 334.

³⁷⁴ BOVARD, nota 9.

los gobernantes no tienen inconvenientes para pasarlas a llevar, los gobernados tampoco tienen reparos en eludirlas, pues, como sabemos, ajenos a un sentido cívico, lo que les importa es disponer de lo suyo. Nadie puede creer en un andamiaje tan frágil como éste. A lo más, hay todavía quien aliente ilusiones acerca de su futura estabilización, como no pocos lo hicieron en el pasado. Esa es la gran ilusión con que se consuela el legalismo.

Pero esta vitalidad del casuismo bajo una superficie legalista no es sino una cara de la medalla. La otra, como destaca Steger, es que gracias a esta mentalidad, los pueblos hispánicos se ahorraron en el siglo XX los horrores del totalitarismo duro o blando. Esto nos introduce al *rule of law* y al *règne de la loi*.

PRECEDENTE ANGLOSAJÓN

A diferencia del casuismo hispánico, el precedente anglosajón surge dentro del ámbito judicial del *common law* y es fundamentalmente de orden privado, lo que no obsta a que sus soluciones se proyecten también al campo público. Más que expresión de una actitud generalizada, como el casuismo, que viene a ser una especie de segunda naturaleza, el *stare decisis*, constituye una convicción profesional común entre los jueces. Para ellos «una regla establecida nunca se cuestiona»³⁷⁵. La vitalidad del precedente es tan fuerte como la del casuismo hispánico, pero su ámbito más reducido. Sobrevive a todos los cambios y transformaciones que han experimentado la constitución y el derecho inglés. Constituye una constante desde el siglo XII hasta nuestros días.

Toda su historia discurre entre dos coordenadas, la protección frente al poder y la regulación del mismo. Se distinguen dos épocas, bien marcadas: predominio del *case law*, es decir del juez y del precedente y pugna entre *case law* y *statute law*, es decir, entre precedente y derecho legislado.

STARE DECISIS

Contrariamente a lo que pudiera parecer, el precedente tiene mucho en común con el casuismo hispánico. En último término es una forma de casuismo, pero aplicado dentro de un campo específico. En lugar de ser una actitud general, válida para los diversos aspectos de la vida jurídica y usada por toda suerte de personas, como en el mundo hispánico, el *stare decisis* inglés, está acotado en muchos sentidos. De partida, es más reciente en el tiempo y, por tanto, se encuentra más próximo al derecho letrado. En cuanto a su procedencia, proviene de la práctica de los jueces, y no del uso y sentir común de la gente. Es decir, su creación y cultivo está en manos de jueces, o sea, de una suerte de estamento, que tiene un modo de trabajar propio, a partir de decisio-

³⁷⁵ CURZON, L. B., *Jurisprudence*, Plymouth 1979, Godden vs. Hales 1686.

nes judiciales anteriores. Además, el campo de acción de estos jueces es ante todo el de derecho privado. Lo que no excluye, por cierto, la aplicación de sus criterios en el terreno del derecho público.

Por encima de estas diferencias y contrastes, la labor de los jueces parte del mismo fundamento que el casuismo en el mundo hispánico y en la Europa altomedieval, la visión teocéntrica del poder y del derecho. Al respecto, bajo la influencia romana, sostiene Juan de Salisbury (1115-1180) en una obra poco posterior al reinado de Alfonso VI, el *Policraticus*³⁷⁶, que el Príncipe está por encima de la ley, cuando se trata de hacer justicia y derecho. Por su parte Henry Bracton (1216-1268), contemporáneo de las *Siete Partidas*, afirma en su obra *De legibus et consuetudinibus Angliae : rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege*³⁷⁷.

Estos textos son reveladores. En ellos se asocia la sujeción del gobernante al derecho con la ley, fuente del derecho entonces nueva y en auge por obra de los juristas letrados. Aflora aquí una visión culta del gobierno que, bajo el signo de Aristóteles, imprime un nuevo acento a la imagen alto medieval del rey justiciero, cuyo papel se reducía a conservar y restablecer el derecho vigente. Más allá de eso, se habla ahora de regular racionalmente la vida de la comunidad mediante leyes³⁷⁸. Al respecto, la posición de Bracton, quien intenta conciliar el derecho anterior y superior a gobernantes y gobernados con la ley dictada por el gobernante, coincide en el fondo con la que, por la misma época adoptan las *Partidas* en Castilla. Dentro de este contexto, leyes y derecho anterior y superior a ellas, se inscriben la llamada *Magna Charta* de 1215 y otros documentos que consignan privilegios y libertades de los magnates y el debido proceso. Lo mismo que seis siglos antes se había hecho en el reino hispanovisigodo, con mayor amplitud pero sin otra eficacia que su influjo posterior, incluso en América, a través de los concilios y en el *Liber Judiciorum*³⁷⁹.

Tales son los presupuestos del *rule of law*. Es cierto que, como advierte Dicey, esta expresión es muy posterior. Se usa en el siglo xvii³⁸⁰, época en la que se la entendía en el sentido de que los jueces no pueden apartarse del derecho vigente, vale decir de la constitución y los principios fundamentales del *common law*. Pero, según hemos visto, la sujeción del poder al derecho en Inglaterra era algo indiscutido desde mucho antes, al menos desde el siglo xii.

Así casuismo y precedente tienen mucho en común. Pero el escenario inglés es, sin duda, estrecho, cerrado y homogéneo, por lo menos hasta la expansión colonial del siglo xix, en contraste con la apertura multicultural de los pueblos hispánicos desde la Reconquista. No obstante la formación del Estado de derecho es en similar. En ambos casos, se trata de una realización histórica, forjada de un modo empírico. El *rule of law* surge y se perfecciona por obra de

³⁷⁶ SALISBURY, Juan de, *Policraticus* (ed. C. Webb), Londres 1909.

³⁷⁷ BRACON, Henry *De legibus et consuetudinibus Angliae* (ed. G.E. Woodbine), New Haven 1915-1942.

³⁷⁸ SIMON, nota 5.

³⁷⁹ Véase notas 41 y 45.

³⁸⁰ SMITH, nota 173.

jueces que se atenían a los precedentes judiciales, *common law* y *case law*, y a la legislación escrita o *statute law*, la cual fue escasa hasta el siglo XIX. En una palabra, se aplicaban más las costumbres que un derecho escrito.

Asimismo, la configuración institucional del *rule of law* y del Estado de derecho hispánico son parecidas. Ambos constituyen un Estado jurisdiccional. Compuesto por múltiples poderes, cada uno con un radio de acción propio, sitúan al jurista en una posición clave, pues es él el llamado a dirimir los límites de la esfera de acción de esos poderes. En el caso inglés, esto imprimió un sello inconfundible al estilo y práctica jurídica, con su combinación de precedentes y leyes.

Tempranamente surgió la idea de que la constitución inglesa era diferente de la mayoría de las europeas. Al decir de John Fortescue (1394-1471), en sus *De laudibus legum Angliae*, «en Inglaterra el principado es *mixtus* y *politicus*, el rey tiene su poder soberano en el parlamento, asistido y sostenido por: *quod principi placuit legis habet vigorem*»³⁸¹. Contrapone, pues, el *regimen politicum et regale*, al modo inglés, con el *regimen regale*, al modo europeo. En realidad esta diferencia no existe³⁸². En reinos como Castilla y Portugal hay más bien una atrofia del parlamento y en los de Indias ni siquiera lo hubo. Al respecto, no deja de ser sugerente la dificultad que han tenido siempre los países hispánicos para aclimatar un parlamento como contraparte del gobernante.

STARE DECISIS Y STATUTE LAW

El *regimen politicum et regale* inglés, según se anticipó al tratar del Barroco, entró en crisis a partir del siglo XVII y con el *rule of law*. Fue éste, sin duda, uno de los peores momentos de la historia de Inglaterra. Se produjo entonces una verdadera revolución, la primera que merezca este nombre, pues su meta no fué simplemente acabar con ciertos abusos o cambiar el gobierno sino cambiar el mundo, comenzar de nuevo la historia sobre otras bases³⁸³. Pasó por tres fases: abolición del pasado, simbolizada en supresión de la monarquía y de los lores; terror bajo el fundador de la nueva era, Cromwell, que prefigura a Robespierre y a Stalin; y restauración o vuelta al orden e instituciones anteriores.

Pero las cosas nunca volvieron a ser como antes. La monarquía y los lores fueron restablecidos, pero bajo nuevos términos. La revolución quebró definitivamente el dualismo rey-parlamento y abrió paso a la omnipotencia del parlamento. Toda esta época transcurre bajo este signo. En primer término, des-

³⁸¹ FORTESCUE, John, *De laudibus legum Angliae* (ed. S.B. Chrimes), Cambridge 1949. MOUSNIER, Roland, *La monarchie absolue en Europe*, París 1982. SMITH, nota 176.

³⁸² KOENIGSBERGER, Helmut, *Dominium regale et dominium politicum et regale*, en *Politics and Virtuose*, Londres 1980.

³⁸³ GRIEWANK, Karl, *Der neuzeitliche Revolutionsbegriff: Entstehung und Entwicklung*, Hamburg 1992.

aparece la sujeción del Estado y de la ley al derecho. A partir de entonces el derecho legislado *statute law* se superpuso al precedente, *case law*. En consecuencia, el *common law* cambió de signo. Bajo el peso del predominio del *statute law*, comenzaron a desmoronarse juntamente los dos pilares del *rule of law* el precedente y la protección a las personas. Tras un período horrible de inseguridad, –repetidos cambios de la religión oficial, con sus secuelas de ejecuciones, despojos, persecución, exilio en Europa o en las colonias– se reconstruyó bajo la nueva forma de unos derechos subjetivos, de sabor estamental, consignados en declaraciones concretas como la *Petition of rights* de 1627 al *Habeas corpus Act* de 1679 y al *Bill of rights* de 1688³⁸⁴.

Es un mundo nuevo, donde, en medio de estas convulsiones, los juristas se vieron en grandes apuros para poner a salvo el *rule of law*. Desde que se proclamó la omnipotencia del parlamento, fue imposible evitar que se desvaneciera la primacía del derecho sobre el poder y, por tanto, proteger efectivamente a los gobernados frente a los gobernantes. Se buscaron entonces paliativos, como los derechos individuales, más efectistas que efectivos, compendiados a veces en la tríada *life, liberty, and estate*. De ellos ya hemos hablado en el capítulo sobre el Barroco.

El siglo XIX, como sabemos, se debate entre la soberanía del parlamento reafirmada por Blackstone en la segunda mitad del XVIII y el valor del saber de los juristas, sostenido principalmente por Pollock³⁸⁵. Se llega así a una práctica que en cierto modo recuerda a la regla *odia restringi*: ampliar lo que está en consonancia con el *common law* y restringir lo que lo altera. Por esta vía subsiste una suerte de primacía del *common law*, hasta la primera guerra mundial. Entonces, al igual que en el continente, la avalancha legislativa barre con los restos de derecho supraestatal. De esta suerte, bajo el signo del *Welfare State* o del *New Deal*, el *rule of law* va a parar, al mismo punto que el *règne de la loi*³⁸⁶. A la larga o a la corta la nivelación estatal, denunciada por Ripert, pasa a ocupar el lugar de la justicia y el derecho³⁸⁷. Con ello, la primacía del Estado sobre el derecho, abre paso, lo mismo la Europa de allende los Pirineos que en Inglaterra y Estados Unidos, a un totalitarismo blando.

Este desenlace nos lleva a examinar el caso del Estado de derecho ilustrado y la autolimitación.

LEGALISMO ILUSTRADO

El *règne de la loi* tiene una historia breve. Abarca apenas dos siglos, desde la constitución francesa de 1791 hasta la abrogación de la constitución soviéti-

³⁸⁴ Nota 177.

³⁸⁵ Notas 296, 297 y 299.

³⁸⁶ LEGAZ Y LACAMBRA, nota 320, GARCÍA DE ENTERRÍA, nota 192. VERDÚ, Lucas, nota 2. BOVARD, nota 9.

³⁸⁷ RIPERT, Georges, *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, París 1939. El mismo, *Le déclin du droit*, París 1949.

ca en 1991. Es cierto que con posterioridad se siguen redactando documentos con este nombre, pero ya no son lo mismo de antes. Hace tiempo que su significado se invirtió. A partir de la primera mitad del siglo XX, la constitución, más que autolimitar al Estado en favor de los individuos, sirve para legitimar su poder sobre ellos³⁸⁸. No otra cosa es la legitimación por el, procedimiento que ha servido para instaurar el Estado totalitario.

La autolimitación del Estado ideada por los filósofos del siglo XVIII, pretendía sustituir el gobierno de los hombres por el de leyes³⁸⁹ y desterrar así para siempre la arbitrariedad. Al efecto Montesquieu habló en 1748 de una constitución en la que el poder detenga al poder³⁹⁰. Medio siglo después, en la *Declaración* francesa de derechos del hombre de 1791 se habla de separación de poderes dentro del Estado y de garantías o derechos individuales, dos elementos, que, en último término, coinciden con la secular práctica del Estado de derecho, de regular el ejercicio del poder y proteger a los hombres frente a él y a los poderosos³⁹¹. Por este medio se creyó haber hallado una nueva manera, casi automática, de asegurar de una vez para siempre a los hombres su felicidad y sus derechos.

En comparación con el *si recte facias* o con el *rule of law*, esta forma de limitación del poder es novedosa en más de un sentido. Supone una doble disociación, fruto de la visión ilustrada del mundo: entre el más acá terreno y el más allá ultraterreno y entre comunidad política, compuesta por grupos menores y la masa de individuos que forman la sociedad política. Con ello, el Estado y la ley se desligan hacia arriba de todo orden trascendente y hacia abajo de todo orden institucional. Sin barreras externas ni contrapoderes, su limitación pasa a ser el gran problema.

Desde que el Estado se libera de la primacía de un derecho anterior y superior al poder y de los contrapoderes o poderes intermedios que se interponían entre las personas y el gobernante, Estado e individuos quedan frente a frente. Entonces lo único que media entre ellos es la ley, que se convierte en el instrumento de autolimitación por excelencia. Pero una ley emanada del propio Estado, que es dueño de dictarla y de cambiarla, carece de fuerza para imponerse a los gobernantes. Es un dique de papel. A eso queda reducido en la práctica el Estado de derecho. Su suerte está entregada la *patientia principis*, mejor dicho, al arbitrio de la *Nomenklatura* que de hecho maneja el poder. En lugar del pretendido gobierno de las leyes termina por implantar el más aberrante gobierno de los hombres. De esta suerte el *règne de la loi* se torna cada vez más ilusorio hasta acabar por convertirse en un simple rótulo, como sucede en el Estado totalitario.

³⁸⁸ En esto convienen el soviético WYSCHINSKI, nota 33, y el estadounidense BOVARD, nota 9. REINHARD, nota 9.

³⁸⁹ BALLADORE, nota 304.

³⁹⁰ MONTESQUIEU, nota 301.

³⁹¹ Véase *Déclaration* nota 24.

DE LA AUTOLIMITACIÓN A LA ESTATATALIZACIÓN

Puestas así las cosas, el Estado no encontró mayores obstáculos para rehacer el país real según los dictados de los teóricos de turno. Tampoco, para reducir el derecho vigente, con su multiplicidad de fuentes, a un derecho legal. Se identificaron así derecho y ley. Lo que equivale a sustituir la primacía del derecho sobre el Estado por la primacía del Estado sobre el derecho, vale decir, a estatatarlo. Reducir el derecho a la constitución y las leyes, no es otra cosa, porque el Estado es dueño de dictarlas y derogarlas. Convertido en derecho legal, su papel se invierte, deja de ser un límite para el Estado y una protección para las personas y pasa a ser instrumento del Estado, para igualar y disciplinar a los ciudadanos³⁹². Con ello, el Estado se erige a sí mismo en poder único en su territorio y substituye la diversidad del *suum cuique* por la igualación impuesta desde arriba.

En estas condiciones la autolimitación se desvirtuó hasta convertirse en papel mojado. La ley dejó de combatir los abusos concretos contra las personas y sus bienes. En lugar de eso se la utilizó para construir, un mundo mejor y más seguro basado en la razón humana. En nombre de la razón se descompuso la comunidad viviente, constituida por una trama de personas e instituciones, para reemplazarla por una sociedad, ideada por los autores ilustrados, compuesta por individuos, iguales entre sí, como accionistas de una sociedad anónima. Se dejó de lado la diversidad del país real, de las personas, los bienes y las instituciones que lo conforman, para implantar un modelo ideal, cosmopolita, único e igualitario, de individuos y derechos, que se proclama válido para todos los hombres y todos los pueblos, de todos los tiempos.

Pero para el hombre concreto no es igual el mundo de los bienes, a éste de los derechos que, como se dijo, deja en la práctica al ciudadano cada vez más aislado e indefenso frente al Estado. El monopolio del poder por el Estado condena a los gobernados a quedar a merced de los gobernantes, sin otro amparo que estos derechos de papel. Bajo estas condiciones, su suerte fue dispar. Si bajo la versión hispánica del Estado de derecho la protección a las personas y a sus bienes se mantuvo en general viva, bajo la inglesa y la ilustrada, basadas en el individuo abstracto y sus derechos genéricos, no pudo evitarse su deterioro y, en definitiva, el deslizamiento hacia el totalitarismo. Allí el individuo cayó, violentamente o poco a poco, bajo el poder de un delgado pero rígido núcleo dirigente, la *Nomenklatura* o *Nowa Klasa*, cuyo disciplinamiento lo abarca todo, pues, como explica Tocqueville, destruye y anula los otros focos autónomos y autorregulados³⁹³.

Dos siglos bastaron para que se completara el ciclo de la autolimitación, desde la euforia de las primeras constituciones escritas a fines del siglo XVIII, donde los derechos individuales aparecían como garantía de la libertad y seguridad de los ciudadanos frente al Estado, hasta la desilusión del siglo XX, en

³⁹² Sobre disciplinamiento estatal, notas 197 y 198.

³⁹³ TOCQUEVILLE, nota 318.

que las constituciones sirven a los Estados para esclavizar a los ciudadanos, según sucede, en todo el espectro que va desde la Unión Soviética hasta los Estados Unidos³⁹⁴.

Tres nombres simbolizan este desfundamiento del *règne de la loi*, que, en rigor, no es más que su descomposición, al separarse entre sí sus dos componentes Estado y derecho. De eso pocos saben más que Stahl, Kelsen y Luhman. Medio siglo después que Welcker acuñara la expresión *Rechtsstaat*, Stahl lo redujo expresamente *sólo al modo y carácter* de su realización, de suerte que no comprendiera dentro de él *de ningún modo sus fines y contenidos*³⁹⁵. Eso, al menos dejaba dentro del Estado de derecho el respeto a los hombres y a sus bienes. Al comenzar el siglo XX, afirmó Kelsen que, dejado de lado todo punto de vista iusnaturalista, *todo Estado debe ser Estado de derecho en un sentido formal*³⁹⁶. Es decir, el Estado de derecho no es sino un puro caparazón vacío, sin ningún contenido determinado, ni en cuanto a sus medios ni en cuanto a sus fines. Esta noción elástica permitió incluir bajo el manto de Estados de derecho a los nacientes Estados totalitarios, como la Unión soviética, donde por más de medio siglo se cometieron sistemáticamente masivos horrores contra personas y los pueblos³⁹⁷. A estas alturas intervino Luhmann, para aclarar lo que denominó *legitimación por el procedimiento*³⁹⁸. Siempre que se observan las vías legales, cualquier cosa puede hacerse legítimamente. Según esta manera de ver ni los fines ni las consecuencias son relevantes. Si el aval kelseniano sirvió para cubrir los horrores del totalitarismo duro, esta vía procesal sirve para legitimar el totalitarismo blando.

Así el gobierno de las leyes, pregonado por los ilustrados del siglo XVIII, tras un proceso de vaciamiento, ha venido a parar en el totalitarismo duro o blando. Frente al poder no queda sino una sociedad civil sin imperio, esto es desarmada, compuesta de individuos, iguales entre sí y con los mismos derechos y, por ende, aislados e inermes frente al Estado y los gobernantes. En estas condiciones, frente al abuso legalizado nadie puede hacer valer un derecho supraestatal.

PARA VERDADES, EL TIEMPO

La comparación entre las tres versiones del Estado de derecho da para mucho. La investigación debe quedar abierta. Entre tanto cabe asilarse en el refrán *para verdades, el tiempo*. Por lo que toca la siglo pasado, puede decirse que la llamada *révolte des faits contre le code* fue una prueba de fuego para el

³⁹⁴ WYSCHINSKI, nota 33. BOVARD, nota 9.

³⁹⁵ STAHL, nota 29.

³⁹⁶ KELSEN, nota 3. MOHNHAUPT, nota 1.

³⁹⁷ COURTOIS, nota 9.

³⁹⁸ LUHMANN, nota 31.

Estado de derecho. Separó inexorablemente la paja del trigo, lo que era mito y lo que era operante.

El *règne de la loi* no fue simple cuestión de procedimiento. El Estado de derecho transformado en mera caparazón legal fue rellenado por un Estado de hecho —o sin derecho— al que se llamó totalitario. El *rule of law* inglés se desmoronó al quebrarse el juego entre *statute law* y *stare decisis*. Sólo el casuismo hispánico, con su proverbial desconfianza a jugarse el todo por el todo, a aceptar las soluciones de una vez para siempre y a dejarse imponer modelos *a priori*, no sólo evitó ser arrastrado por el torbellino de los hechos sino que acertó a sacar partido de ellos para para revivir y forjar nuevos cauces de derecho. Paradójicamente el más antiguo Estado de derecho es actualmente también el más sólido y de mayor empuje.

En los albores del siglo xx se habló un tanto atolondradamente de *Wertlosigkeit der Jurisprudenz*. Pero, las cosas fueron justamente en sentido contrario. La suerte del Estado de derecho no la decidieron los hechos, sino más bien los juristas con su actitud frente a ellos. Algunos han aparecido en el curso de la exposición. En primer término, tras el desmoronamiento del *règne de la loi*, la trilogía Stahl, Kelsen y Luhman, luego, Dicey, Pollock y Bovard, en medio de los duros tiempos por los que atraviesa el *rule of law*. En contraste con ellos, resalta en el mundo hispánico la figura de Bello, en torno al cual juristas de ambos mundos representan, mejor o peor, la corriente viva de la pluralidad de poderes y de la persona y los bienes, desde el español Escriche, tan influyente, hasta el mexicano Rodríguez de San Miguel, el argentino Alberdi, el brasileño Mendes de Almeida, el peruano García Calderón o el chileno Alejandro Álvarez.

BERNARDINO BRAVO LIRA

De la Academia Chilena de la Historia
Universidad de Chile